Die richterliche Strafzumessung

nach den Strafgesetzentwürfen 1925 und 1927

Abhandlung

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Bonn

Vorgelegt von

Erich Ruppel

Referendar in Elberfeld

1929

Buchdruckerei Sam. Lucas

Elberfeld

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Professor Dr. Max Grünhut

Tag der mündlichen Prüfung:
17. Januar 1929

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548917_0054

Meinen Eltern.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung.

1. Begriffsbestimmung 14
2. Strafzumessung und Gesetz 14
3. Aufgaben der Untersuchung 16
4. Gesichtspunkte für die Auslegung der Entwürfe im Hinblick auf die Strafzumessung 17

II. Erläuternder Teil.

A) Die Sondervorschriften §§ 67 E. 25 und 69 E. 27 20
I. Vorläufige Erläuterung, insbesondere des Einleitungssatzes . . 20
II. Die einzeln aufgeführten Strafzumessungsgründe 22
III. Die Bedeutung der Sondervorschriften für die Umgrenzung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände und die Feststellung des Einflusses der einzelnen Strafzumessungsgründe auf die Bestimmung der Strafe 30
1. Die Umgrenzung des Kreises der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände 30
2. Die Feststellung des Einflusses der einzelnen Strafzumessungsgründe 31
a) Die Feststellung der straferhöhenden oder strafmindernden Richtung des Einflusses 32
b) Die Feststellung des Gewichts der einzelnen Strafzumessungsgründe 33
B) Die übrigen Bestimmungen der Entwürfe 36
I. Der Abschnitt über die Strafbemessung 36
II. Der allgemeine Verbrechenstatbestand 41
III. Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung 48
IV. Der Besondere Teil der Entwürfe 51

III. Systematischer Teil.

A) Das Verhältnis der Strafzumessungsgründe und der Umstände, die über die Wahl des anzuwendenden Strafrahmens entscheiden . . . 55
I. Inhaltliche Gegenüberstellung 55
1. Inhaltliche Beziehungen 55
2. Inhaltliche Unterschiede 56

Seite

II. Zusammenfassende Kennzeichnung der Unterschiede 57
1. Tat und Täter 57
2. Generalprävention und Spezialprävention. Schuld und Gefährlichkeit 58
III. Erklärung der Differenz zwischen den über den anzuwendenden gesetzlichen Tatbestand und den über das Strafmaß entscheidenden Umständen 60
B) Erläuterung und Ergänzung der Strafzumessungsvorschriften durch den übrigen Inhalt der Entwürfe 63
I. Die Feststellung des straferhöhenden und strafmindernden Einflusses der Strafzumessungsgründe 63
II. Das Maß des Einflusses der einzelnen Strafzumessungsgründe 66
1. Kausale Betrachtung 66
2. Bewertung 69
3. Zweckerwägung 70
4. Das Verhältnis von kausaler Betrachtung, Bewertung und Zweckerwägung bei Feststellung der zu verhängenden Strafe 70
C) Prozessuale Betrachtungen.
1. Die Revisibilität der Entscheidung über das Strafmaß 71
2. Prozessuale Maßregeln zur Förderung der Gesetzmäßigkeit der Strafzumessung 73
a) Die schriftlichen Urteilsgründe 73
b) Gliederung der Hauptverhandlung 73
3. Die Ermittlung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Tatsachen 74

Literaturverzeichnis.

Siegmund Aichinger, Strafmilderung und Strafschärfung im Vorentwurf. Erlanger Diss. 1912.

Allfeld, Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. 1909.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1922.

Aschaffenburg-Festgabe, siehe Grünhut, v. Hippel, Kohlrausch und Mittermaier.

Aschrott und Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts. Leipzig 1926.

Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band XV, S. 142 ff.

Beling, Der amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Gerichtssaal 91, S. 348 ff.

Binder, Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

Binding, Normen, Band II, 1. Hälfte. 1914.

Birnbaum, Die psychopathischen Verbrecher. Berlin 1914.

Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung. 1914.

Bittinger, Über Strafbemessung. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band X, S. 409.

Bohne, Bericht über die Tagung der Deutschen strafrechtlichen Gesellschaft in Bamberg 1926. Gerichtssaal 93, S. 275.

Elsa v. Bonin-Brettin, Die Verwertbarkeit des Motivs im materiellen Strafrecht. Greifswalder Diss. 1916.

Bumke, Wandlung der Strafen. Aschaffenburg, Monatsschrift für Kriminalpsychologie 17, S. 359 ff.

Van Calker, Vervollkommnungsgedanke und Entwicklungsidee im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1911, S. 149 ff.

Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages. 1909.

Graf zu Dohna, Die Elemente des Schuldbegriffs. Gerichtssaal 1905, Band 65, S. 304 ff.

Graf zu Dohna, Der Mangel am Tatbestand, in Festgabe für Güterbock. Berlin 1910.

Graf zu Dohna, Zum neuesten Stande der Schuldlehre. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 32, S. 323.

Graf zu Dohna, Die Sicherungsstrafe. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1924. Band 44, S. 39 ff.

Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht. Berlin 1925.

Graf zu Dohna, Recht und Irrtum. Mannheim 1925.

Graf zu Dohna, Der neueste Strafgesetzentwurf im Lichte des „richtigen Rechts". Festgabe für Stammler. Berlin 1926.

Graf zu Dohna, Der innere Konnex zwischen Freiheits- und Ehrenstrafen. Aschaffenburg, Monatsschrift 1927, Seite 352.

Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit und Schuld nach der Reichstagsvorlage. Leipzig, Zeitschrift 1927, Sp. 978.
Ebermayer, Das Strafmittelsystem für das künftige Strafgesetzbuch. 29. Deutscher Juristentag, Band I, S. 265.
Ebermayer, Die Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Leipzig, Zeitschrift 1921.
Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch, III. Auflage, Berlin 1925.
Elster, Sozialbiologische Bemerkungen zum Strafgesetzbuchentwurf. 1925. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 46, S. 65 folg.
Exner, Gerechtigkeit und Richteramt. Leipzig 1922.
Exner, Die Praxis der Strafzumessung. Aschaffenburg, Monatsschrift, Band 17, S. 365.
Finger, Der objektive Tatbestand als Strafzumessungsgrund. Wien 1888.
Finger, Die richterliche Strafzumessung. Gutachten zum 29. Deutschen Juristentag, Band 2, S. 37, 1908.
Foltin, Die 20. Tagung der Internationalen kriminalistischen Vereinigung. Innsbruck. Berlin 1925.
Foltin, Die 21. Tagung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen kriminalistischen Vereinigung in Bonn 1926. Berlin 1927.
Foltin, Die 22. Tagung der Deutschen Landesgruppe in Karlsruhe 1927. Berlin 1928.
Friedrich, Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung. Berlin 1910.
Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Tübingen1922.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1926.
Londoner Gefängniskongreß 1925. Beschlüsse. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 46, S. 191.
Gerland, Das Gewissen. Gerichtssaal, Band 65, S. 262.
Gerland, Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs 1919. Tübingen 1921.
Gerland, Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil. Kritische Bemerkungen. Berlin.
Graf Gleispach, Abschnitt 9: Strafbemessung. In Aschrott-Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts. Berlin 1926.
Graf Gleispach, Die Erforschung der Verbrechensursachen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 48, S. 99 ff.
Graf Gleispach, Die Bemessung der Strafe nach dem Deutschen Strafgesetzentwurf. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 21, S. 184 ff.
Goldschmidt, Schließt die Forderung der Pflichtvorstellung als Schuldvoraussetzung die Zurechnung zum Charakter aus? Goltdammers Archiv, Band 51, S. 340.
Grünhut, Anselm Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung. Hamburg 1922.
Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen 1926.
Grünhut, Gefährlichkeit als Schuldmoment. Festgabe für Aschaffenburg. Heidelberg 1926, S. 87.
Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs. Leipzig 1905.
Hellwig, Das Geldstrafengesetz. 1924.

von Hippel, Deutsches Strafrecht, Band 1, Berlin 1925.
von Hippel, Die mildernden Umstände in den Entwürfen. Festgabe für Aschaffenburg. Heidelberg 1926, S. 19.
Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
Kadecka, Die Schuldlehre nach dem Strafgesetzentwurf. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 48, S. 99 ff.
Kahl, Die Reform des Deutschen Strafrechts im Lichte evangelischer Sozialpolitik. Verhandlungen des Evangelisch-sozialen Kongresses in Darmstadt 1903.
Kahl, Reform der Strafzumessung. Deutsche Juristenzeitung 1906, S. 895.
Kaufmann, Verwaltung und Verwaltungsrecht. In Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 1914.
Klee, Inwieweit bringt die Reichstagsvorlage 1927 gegenüber dem amtlichen Entwurf Verbesserungen und inwieweit Verschlechterungen? Goltdammers Archiv. 1928, S. 2.
Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. Festgabe für Güterbock 1910.
Kohlrausch, Der Allgemeine Teil des Entwurfs. In Aschrott-Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts. Berlin 1926, S. 3.
Kohlrausch, Kriminalpolitische Rückschritte im Entwurf. Deutsche Juristenzeitung 1927, Sp. 1367.
von Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.
Landsberg, Die Strafe. Betrachtungen zu Nagler, Die Strafe. Deutsche Strafrechtszeitung 1921, S. 36.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
Liepmann, Die Reform des Deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem Strafgesetzentwurf. Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Heft 2, Hamburg.
v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Berlin 1908.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 23. Auflage. Berlin 1921, und 24. Auflage Berlin.
Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 16. Auflage. Bearbeitet von Rosenberg. Berlin und Leipzig 1927.
Mannheim, Über Gleichmäßigkeit und Systematik in der richterlichen Strafzumessung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 41, S. 40.
Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße in Strafsachen. Berlin 1925.
Max Ernst Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Leipzig 1901.
Max Ernst Mayer, Die allgemeinen Strafschärfungsgründe des deutschen Militärstrafgesetzbuches. Leipzig 1903.
Max Ernst Mayer, Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum. 28. deutscher Juristentag 1905, S. 145 ff.
Max Ernst Mayer, Strafensystem und Strafzumessung sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung nach dem Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Verhandlungen der 17. Versammlung der deutschen Landesgruppe der internationalen kriminalistischen Vereinigung in Jena. Göttingen 1921.

Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes. Heidelberg 1923. Zweite unveränderte Auflage.
Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Auf der Grundlage des „Lehrbuchs des Strafrechts", herausgegeben von M. Liepmann. Stuttgart 1912.
E. Meumann, Intelligenz und Wille. Herausgegeben von G. Störring. Leipzig 1920.
Mezger, Der moralische Defekt. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 34, S. 548 ff.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente. Gerichtssaal 89, S. 175 ff. 1924.
Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. In Festschrift für Ludwig Traeger. Berlin 1926, S. 187 ff.
Mezger, Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens. Heft 124, München 1926.
Mezger, Moderne Strafrechtsprobleme. Marburg 1927.
Mezger, Die Reform des Strafrechts. Besprechung von Aschrott-Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 47, S. 471.
Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung. N. F. Band 3.
Mittermaier, Über Wesen und Maß der Schuld nach dem Strafgesetzbuchentwurf 1925. Monatsschrift für Kriminal-Psychologie, Band 17, S. 339. 1926.
Mittermaier, Aus der Lehre der Zurechnungsfähigkeit. Festgabe für Aschaffenburg. Heidelberg 1926, S. 39 ff.
Mohr, Die Bemessung der Geldstrafe. Würzburger Diss. 1913.
Nagler, Die Strafe. Leipzig 1918.
Nagler, Die Strafzumessung nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. Gerichtssaal 93, S. 83. 1927.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 11. Auflage. Berlin 1927.
Rümelin, Zur Lehre von der juristischen Konstruktion. Archiv für Rechts- und Wirtschafts-Philosophie. Band 16, S. 352. 1922—1923.
Radbruch, Der Überzeugungsverbrecher. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 44, S. 36.
Radbruch, Sicherungstheorie und Rechtssicherheit. Deutsche Juristenzeitung 1925, S. 1286.
Rosenfeld, Die richterliche Strafzumessung. Vergleichende Darstellung des deutschen und außerdeutschen Strafrechts. A. T. III, S. 93.
Rosenfeld, Der strafrechtliche Ertrag des Bamberger Juristentages. Deutsche Strafrechtszeitung, 8. Jahrgang, S. 270.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.
Sauer, Der Strafzweck nach Auffassung der Entwürfe. Deutsche Juristenzeitung 1928, Sp. 907—910.
Richard Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1925.
Carl Schmitt, Gesetz und Urteil. Berlin 1912.
Seelig, Grundsätzliches zur Strafbemessung nach dem Entwurf 1925. Monatsschrift der Kriminal-Psychologie, Band 18, S. 237, 1927.
Stammler, Der Richter. 1924.

Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung. In Band 2 von Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband. Tübingen 1908, S. 445.
Sturm, Zur Lehre vom Strafmaß. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 34, S. 64 ff.
Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Leipzig-Wien 1924. Band 6 der Wiener Staatswissenschaftlichen Studien.
Wach, Der neue Strafgesetzentwurf. Deutsche Juristenzeitung 1925, Sp. 530.
Wachenfeld, Bemerkungen zu einem Entwurf zu einem Strafgesetzbuch, (Entwurf 1919.) Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 15. S. 73.
Wachenfeld, Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs. 1925. Goltdammers Archiv, Band 69, S. 359.
Wegner, Zum Notstand im Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1925. Juristische Rundschau, Band 1, S. 580.
Wilmans, Die sogannte verminderte Zurechnungsfähigkeit. Berlin 1927.
Wunderlich, Aus dem Strafrechtsausschuß des Reichstags. Deutsche Juristenzeitung 1928, S. 73 ff.
Wundt, Ethik. Band 3. Stuttgart 1912.
Ziehen, Charakterologische Studien an Verbrechern. Jahrbuch der Charakterologie, IV. Jahrgang, Berlin 1927, S. 197.

Einleitung.

1. Begriffsbestimmungen.

Durch die unstreitige und von der Kritik in erster Linie erörterte Erweiterung des richterlichen Ermessens in den Entwürfen 1925 und 1927 hat die Strafzumessung eine besondere Bedeutung erlangt.

Unter Strafzumessung versteht man in der Literatur zum geltenden Strafgesetzbuch die Bestimmung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, und man nennt die Gründe, die den Richter veranlassen, innerhalb dieses Strafrahmens eine höhere oder niedrigere Strafe festzusetzen, Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe.[1]) Die Begriffe der Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe kennen beide Entwürfe nicht. Das Wort „Strafzumessung" ist im E. 1925 die Überschrift des § 67, doch wird es vom E. 1925 nicht durchgängig gebraucht, wie die Überschrift „Bemessung der Geldstrafe" in § 68 beweist. Im E. 1927 heißen die entsprechenden Überschriften in § 69 „Allgemeine Bemessungsgründe" und in § 70 „Bemessung der Geldstrafe", es ist also gleichmäßig von Bemessung der Strafe die Rede. Wenn trotzdem in den folgenden Ausführungen noch die Ausdrücke der bisherigen Literatur „Strafzumessung" und „Straferhöhungsgründe und Strafminderungsgründe" gebraucht werden, ist das deshalb gerechtfertigt, weil sie auch den Entwurf 1925 mit umfassen, der den Ausdruck Strafzumessung in dem wichtigen § 67 selbst enthält, weil beide Entwürfe noch nicht Gesetz sind und weil dadurch eine Begriffsverwirrung nicht herbeigeführt wird.

2. Strafzumessung und Gesetz.

Wenn in den folgenden Ausführungen die Strafzumessung nach den beiden Entwürfen behandelt wird, so müssen Inhalt und Umfang der Strafzumessung aus den Entwürfen ermittelt werden. Das ergibt sich daraus, daß die Ermessensfreiheit des Richters bei Bestimmung der Strafe ihm nicht gestattet, nach seinem Belieben die Strafe festzusetzen, daß er sich vielmehr bei seinen Erwägungen an

[1]) Frank, § 2 II a. E.

die Gedanken und Werturteile des Gesetzes anzuschließen hat. Dieser letzte Satz ist allgemein anerkannt. Wie viele der wichtigsten Rechtsgrundsätze gilt er „als selbstverständlich“ [1])

Er folgt aus den ebenso anerkannten Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsbestimmtheit. Da gerade bei der Strafzumessung die Verschiedenheit der kriminalpolitischen Einstellung oder gar der Weltanschauung sich Geltung verschaffen kann, kann Willkür nur dadurch hintangehalten werden, daß der Richter sich auch bei der Strafzumessung am Gesetz zu orientieren hat. Es geht nicht an, „daß sich jeder Richter die Gesichtspunkte für die Betätigung der Freiheit nach Belieben, nach seiner persönlichen Einstellung zu den großen kriminalpolitischen Problemen wählen darf, daß der eine nach der Schwere des äußeren Erfolgs, der andere nach dem Motiv, der dritte etwa nach der Bewertung der mittelbaren Verbrechensbedingungen bemesse und wieder andere, die einer bestimmten, persönlichen Einstellung entbehren, angesichts des Schweigens des Gesetzes hin und her schwanken oder gar der schablonenhaften Übung und dem Straftaxenwesen anheimfallen“.[2]) Daß in den verschiedenen Gebieten des Reichs in gleich oder ähnlich liegenden Straffällen ganz verschiedene Strafen verhängt werden, ist eine bekannte Tatsache.[3]) Auf sie hat Exner neuerdings noch hingewiesen.[4]) Daß darin eine Änderung dahin eintritt, daß von allen Gerichten dieselben Grundsätze allen Personen gegenüber angewandt werden, hängt davon ab, daß die Gerichte die Grundsätze für die Strafzumessung aus dem Gesetz entnehmen.

Die Anwendung der Gedanken des Gesetzes ist weiter auch deshalb sinnvoll, weil sie dem Wesen der Strafzumessung entspricht. Die Ermessensfreiheit ist dem Richter nur deshalb gegeben, weil es dem Gesetzgeber angesichts der Mannigfaltigkeit der menschlichen Verhältnisse unmöglich ist, ihnen entsprechende allgemeine Rechtssätze aufzustellen. Er muß es dem Richter überlassen, seine Arbeit fortzusetzen. Die Tätigkeit des Richters kann aber nur dann eine wirkliche Ergänzung der Arbeit des Gesetzgebers sein, wenn sie die Richtung derselben beibehält, die im Gesetz niedergelegten Werturteile übernimmt und dieselben Strafzwecke verfolgt wie das Gesetz.[5])

[1]) Zitelmann, Lücken im Recht. S. 26.
[2]) Graf Gleispach, Aschrott-Kohlrausch. S. 201.
[3]) Finger, Gutachten, S. 59; Friedrich, Motiv. S. 252.
[4]) Exner, Mon. Schrift 17, S. 365.
[5]) Finger, Gutachten, S. 59; Merkel-Liepmann, S. 310/14; Birkmeyer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 12.

Daß für den Richter auch bei der Strafzumessung das Gesetz maßgebend ist, ist in den Fällen, in denen ihm wie in den beiden Entwürfen besondere Vorschriften für die Strafzumessung gegeben sind, erst recht selbstverständlich. In diesen Fällen hat er sich vor allem nach der Sondervorschrift und gegebenenfalls nach ihr allein zu richten.

3. Aufgaben der Untersuchung.

Die folgenden Ausführungen befassen sich deshalb auch in erster Linie mit den §§ 67 E. 1925 und 69 E. 1927. Sie beschränken sich jedoch nicht auf die Erläuterung dieser Bestimmungen, sondern versuchen, den übrigen für die Strafzumessung an sich verwertbaren Inhalt der Entwürfe herauszuarbeiten. Es wird allerdings besonders zu prüfen sein, ob es dem Gesetz entspricht, daß dieser Inhalt neben der Sonderbestimmung Anwendung findet. Aber wenn sich auch ergeben sollte, daß eine Ergänzung der Strafzumessungsgrundsätze der Sondervorschrift aus dem übrigem Inhalt nach dem Gesetze unzulässig ist, so ist die Heranziehung desselben immer noch aus einem doppelten Grunde gerechtfertigt.

Sie dient zunächst der Erläuterung der Sondervorschriften. Diese können wie alle anderen Vorschriften des Gesetzes nicht vollständig aus sich selbst heraus verstanden werden. Vielmehr ist der Inhalt ihrer Begriffe aus dem Zusammenhang und im Vergleich mit anderen Bestimmungen zu ermitteln. Das gilt bei § 67 E. 1925 und § 69 E. 1927 ganz besonders, da sich zeigen wird, daß ihr Inhalt und ihre Bedeutung nicht ohne weiteres klar sind. Ferner entspricht ein Vergleich zwischen den Strafzumessungsvorschriften und dem übrigen Inhalt des Gesetzes einem erheblichen dogmatischen Interesse. Denn dieser Vergleich fördert die Erfassung der strafrechtlichen Gesamteinstellung der Entwürfe und gibt vor allem Aufschluß darüber, ob und welche besonderen Aufgaben das Gesetz der Strafzumessung zugewiesen hat.

Andrerseits wollen die folgenden Ausführungen auch nicht mehr bieten als eine zusammenfassende Auslegung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Bestimmungen: Sie bringen keine ausdrückliche Kritik der von den Entwürfen gebotenen Regelungen, die eine grundsätzliche Verständigung über ihren kriminalpolitischen Ausgangspunkt voraussetzen würde. Aber vielleicht vermögen sie, zumal die Gesamtrichtung der Strafrechtsreform wohl festliegt, schon dadurch, daß sie die praktische Bedeutung der Bestimmungen und wohl auch der einzelnen Worte zu erkennen und

mit einander in Einklang zu bringen suchen, deutlich zu machen, wo noch eine Klarstellung erforderlich oder erwünscht ist.

4. Gesichtspunkte für die Auslegung der Entwürfe im Hinblick auf die Strafzumessung.

Für die Ermittlung des für die Strafzumessung verwertbaren Inhalts der Entwürfe außerhalb der Strafzumessungsvorschriften können die folgenden allgemeinen Gesichtspunkte hervorgehoben werden. Da die Strafzumessung gerade die besonderen Verhältnisse der im einzelnen von einander völlig verschiedenen Fälle berücksichtigen soll und da sie andererseits die Arbeit des Gesetzgebers in ihrer Gesamtheit im Regelfalle fortzuführen bestimmt ist, so lassen sich außerhalb der Sondervorschriften grundsätzlich Richtlinien auch nur durch Zurückgehen auf die strafrechtliche Gesamtauffassung der Entwürfe gewinnen.[1]) Es muß daher auch hier versucht werden, zu ermitteln, welche strafrechtlichen Grundprinzipien den beiden Entwürfen zu Grunde liegen.

Außerdem lassen sich für einzelne Fälle aus fast allen Bestimmungen des Allgemeinen Teils auch noch besondere Gesichtspunkte gewinnen. Denn die Fragen des Allgemeinen Teils kehren fast alle bei der Strafzumessung in irgend einer Abwandlung wieder.[2]) So ist es möglich, die Gründe der Verringerung der Pflichtwidrigkeit analog denen des Ausschlusses der Pflichtwidrigkeit zube handeln.[3]) So kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Straffreiheit wegen Notstandes nicht gegeben sind, eine notstandähnliche Situation vorliegen, und es kann das zugunsten des Täters innerhalb des regelmäßigen gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt werden.

Entsprechend läßt sich aus allen gesetzlichen Merkmalen, die wie der Notstand zum Ausschluß der Bestrafung führen und in größerem oder geringerem Umfang gegeben sein können, entnehmen, was nach dem Willen des Gesetzes zur Minderung der Strafe Anlaß geben kann. In diesen Fällen kann die Lehre für die Strafzumessung aus der Rechtsfolge, die vom Gesetz für den Fall ausgesprochen ist, daß das bestimmte Merkmal in einem gewissen Maße vorliegt, und vor allem aus der Abgrenzung dieses Maßes gezogen werden. Mezger spricht demgemäß in bezug auf derartige Bestimmungen von „Grenzwerten".[4])

[1]) Andererseits enthält die Sondervorschrift im Regelfalle die Tendenz des Gesetzes in zusammengefaßter Form. Vgl. die entsprechende Verwertung des § 106 E. 19 von Beling, Methodik, S. 202.
[2]) Nagler, Ger., S. 93, S. 94.
[3]) Mittermaier, Mon. Schr. 17, S. 347 f.
[4]) Zeitschrift 47, S. 485.

Welche Bestimmungen im einzelnen in dem gerade angegebenen Sinne zu verwerten sind, muß bei jeder besonders nach dem Gesetze geprüft werden. Eine derartige Prüfung ist auch da nicht überflüssig, wo nach den tatsächlichen vom Gesetz geregelten Verhältnissen nicht zweifelhaft ist, daß eine sich steigernde Reihe gegeben ist. Denn der Vorschlag, die Minderung der Zurechnungsfähigkeit nicht in jedem Falle strafmildernd zu werten, lehrt, daß die Regelung des Gesetzes auch dahin gehen kann, daß trotz der gesetzlichen Beachtung eines Umstandes als Grenzwert die Steigerung bei ihm außer acht bleiben soll.

Neben diesen Merkmalen, die wie der Notstand im Allgemeinen Teil besonders umgrenzt und dann durch eine Rechtsfolge gekennzeichnet sind, finden sich allenthalben in den Tatbeständen des Allgemeinen und des Besonderen Teiles Merkmale, bei denen es auf das Maß, in dem sie vorliegen, zwar nicht so sehr ankommt, daß von ihm eine besondere Rechtsfolge abhängig gemacht ist, die aber ebenfalls „Steigerungsbegriffe" oder „Quantitätsbegriffe" sind.[1]) Hierher gehören z. B. der Umfang der vom Täter beigebrachten Körperverletzung oder die Art des Vorsatzes. Auch sie sind an sich geeignet, bei der Strafzumessung mit ihrer größeren oder geringeren Quantität in Betracht gezogen zu werden. Da diese Umstände der gesetzlichen Charakterisierung durch besondere Abgrenzung und Rechtsfolge entbehren, muß die rechtliche Bedeutung ihrer Steigerung aus ihrer Natur und ihrem Wesen und aus allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten gefolgert werden.

Gerade bei diesen Umständen ist aber zu beachten, ob ihre Berücksichtigung nicht durch die Sondervorschrift ausgeschlossen ist. Daneben ist weiter selbstverständlich, daß bei der Berücksichtigung in concreto auch die nach den Grundsätzen des Gesetzes notwendigen Voraussetzungen auf der entgegengesetzten subjektiven oder objektiven Seite gegeben sein müssen, daß also z. B. bei den Folgen, wenn diese schon berücksichtigt werden, zum mindesten die nach dem Willen des Gesetzes erforderlichen Schuldvoraussetzungen vorhanden sein müssen.

Daß endlich die Gründe, die die Anwendung eines von dem normalen abweichenden Strafrahmens, die Strafänderung, verursachen, besondere Bedeutung auch für die Strafzumessung haben, bedarf keiner Darlegung. Ist doch anerkannt, daß sie nicht ihrem Wesen sondern nur dem Grade nach von den Strafzumessungsgründen verschieden sind[2]), daß in ihnen nur gewisse Erscheinungs-

1) Löffler bei Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision, S. 163.
2) Frank, § 2 II 2b.

formen der Strafzumessungsgründe zu besonderer Berücksichtigung hervorgehoben sind[1]) und damit vom Gesetz nur ein Teil der Strafzumessung schon vorweg genommen ist.[2]) Auch die Begründungen zu den beiden Entwürfen weisen darauf hin, daß sie den Strafzumessungsgründen wesensgleich seien.[3])

Ihre Berücksichtigung innerhalb des normalen Strafrahmens kann wie die der Vorschriften über den Ausschluß der Strafbarkeit[4]), von denen sie nur Abwandlungen sind,[5]) jedenfalls dann erfolgen, wenn sie nur zum Teil und nicht in dem Umfang gegeben sind, daß sie die Anwendung des besonderen Strafrahmens rechtfertigen. Es fragt sich jedoch, ob nicht in den Fällen, in denen sie die Anwendung des besonderen Strafrahmens tatsächlich begründen, zur Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung ihre weitere Beachtung innerhalb des besonderen Strafrahmens ausgeschlossen ist.[6])

Es handelt sich dabei um die Frage, ob diese weitere Beachtung gegen den von der Rechtsprechung des Reichsgerichts für die Strafzumessung entwickelten und zweifellos richtigen Grundsatz verstößt, daß es „unzulässig ist, Tatbestandsmerkmale, die zur Bildung des verbotenen Tatbestandes selbst dienen, und demgemäß bereits bei Aufstellung des gesetzlichen Tatbestandes berücksichtigt sind, bei der Bemessung der Strafe als strafschärfend zu verwerten".[7]) Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß die Strafänderungsgründe nicht nur die Anwendung des besonderen Strafrahmens herbeiführen, sondern, daß ihnen auch, soweit aus dem Gesetze nicht etwas anderes zu entnehmen ist, bei Bestimmung der Strafe innerhalb desselben Einfluß zuzusprechen ist in den Fällen, in denen sie in außergewöhnlichem Umfang vorliegen. Gerade daß die Strafzumessung der Besonderheit des einzelnen Falles gerecht werden soll, spricht dafür, daß z. B. die besonders große Entschuldbarkeit der Notwehrüberschreitung (§ 21 E. 25; § 24 E. 27) auch in den Erwägungen über die Bestimmung der Strafe innerhalb des geänderten Strafrahmens zu beachten ist.[8])

[1]) Merkel-Liepmann, S. 314.
[2]) Mayer, Strafschärfungsgründe d. Mil.-St.-G.-B., S. 143.
[3]) E. 25, S. 51 zu § 72; E. 27, S. 55 zu § 73.
[4]) Der Ausdruck ist hier natürlich nicht in dem technischen Sinne als Strafausschließungsgrund gemeint.
[5]) Graf zu Dohna, Leipz. Ztschr. 1927, Sp. 978 zu §§ 13/14 E. 27.
[6]) Vgl. Die entsprechende Frage, ob jugendliches Alter auch noch als mildernder Umstand angesehen werden kann. Frank, § 9 J.-G.-G.; Lpz. Komm. Anm. 2.
[7]) R.-G. 59, 426; auch 57, 379 und mehrfach.
[8]) Mit Rücksicht darauf, daß nach alledem auf sehr viele Bestimmungen der Entwürfe eingegangen werden muß und bei diesen im einzelnen geprüft werden muß, was die Strafwürdigkeit begründet und besonders, was sie steigert oder vermindert, werden die folgenden Ausführungen in einen ersten erläuternden und in einen zweiten systematischen Teil zerlegt. Dadurch wird erreicht, daß die grundsätzlichen Betrachtungen nicht durch erläuternde Einzeluntersuchungen belastet werden.

Erläuternder Teil.

A) Die Sondervorschriften § 67 E. 25 und § 69 E. 27.

I. Vorläufige Erläuterung, insbesondere des Einleitungssatzes.

Die §§ 67 E. 25 und 69 E. 27 bestehen beide aus einem Einleitungssatz, der grundsätzliche Richtlinien für die Strafzumessung zu geben bestimmt ist, und einer Aufzählung von besonders zu beachtenden Einzelumständen. In diesem Einleitungssatz unterscheiden sie sich wesentlich von den entsprechenden Bestimmungen der früheren deutschen Entwürfe. Deren einleitende Worte: „Bei Zumessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen soll das Gericht alle Umstände berücksichtigen, die für eine höhere oder niedrigere Strafe sprechen," bringen keinen selbständigen Gedanken zum Ausdruck.[1]) Aus dem ersten Satz der §§ 67 E. 25 und 69 E. 27 läßt sich dagegen sofort ersehen, daß er für die Entscheidung darüber von Bedeutung ist, welche Umstände nach dem Willen des Gesetzes für die Strafzumessung überhaupt in Betracht kommen. Er macht zunächst deutlich, daß die Entwürfe jedenfalls entscheidendes Gewicht auf die subjektive Seite legen. Die Entwürfe stellen nämlich darauf ab, welche Ursachen zur Begehung der Tat beigetragen haben. Damit heben sie aber die Momente als entscheidend heraus, die auf der Täterseite liegen, da alle Ursachen der Tat, nicht des Erfolgs, nur durch den Täter hindurch wirksam werden können.

Des näheren nennt § 67 E. 25 als Ursachen der Tat „die verwerfliche Gesinnung und Willensneigung des Täters" und „die Ursachen, die ihm nicht zum Vorwurf gereichen." Der Begriff der Gesinnung findet sich schon im § 20 des geltenden Strafgesetzbuchs und ist dazu von der Literatur dahin bestimmt worden, daß er eine „dauernde Willensrichtung"[2]) und insbesondere eine solche Willensrichtung bezeichnet, die der Eigenart des Täters entspricht[3]). Denselben Sinn hat der Begriff der Gesinnung auch nach den Entwürfen und das Wort Willensneigung bringt denselben Gedanken zum Ausdruck. § 69 E. 27 unterscheidet sich von § 67 E. 25 nur dadurch, daß er statt „Willensneigung" das Wort „Willensrichtung" enthält. Für die in diesem Zusammenhang interessierende Frage ist der Unterschied nicht von sachlicher Be-

[1]) § 81 V. E.; § 110 E. 1913; § 106 E. 1919.
[2]) van Calker, Vgl. Darst. A 3, 177; Olshausen § 20.
[3]) Guckenheimer, Begriff der ehrlosen Gesinnung, 1921, S. 87; Graf zu Dohna, Mon. Schr. 17, S. 352.

deutung: in jeder Fassung kommt zum Ausdruck, daß es sich um die dauernde Eigenart des Täters handelt.

Die Berücksichtigung der Gesinnung ist in den Entwürfen jedoch nicht unbegrenzt. Welche Tatsachen für die Strafzumessung überhaupt in Betracht gezogen werden, zeigt der Einleitungssatz, in dem er dazu anleitet, danach zu fragen, ob die Tat auch auf dem in Rede stehenden Moment beruht. Er beschränkt dadurch die Beurteilung der Gesinnung „auf diejenigen Eigenschaften des Täters, die das Zustandekommen der tatbestandsmäßigen Handlung erklären.“[1])

Dadurch, daß der Einleitungssatz unter den Ursachen der Tat die verwerfliche Gesinnung und die entlastenden Ursachen einander gegenüberstellt, gewinnt er über seine Bedeutung für die Abgrenzung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände hinaus offenbar auch den Charakter eines Grundsatzes zur Feststellung der Richtung und des Maßes der Berücksichtigung der einzelnen Strafzumessungsgründe. Grundgedanke ist, daß die Tat umso schwerer zu bestrafen ist, je mehr sie dem dauernden Wesen des Täters, seiner Gesinnung, entspricht und je mehr sie im Täter und nicht in entlastenden Ursachen ihren Ursprung hat.[2]) Durch diesen Satz sind jedoch noch nicht alle Fragen beantwortet, die der Einleitungssatz der Auslegung aufgibt. Dadurch, daß die Entwürfe zur Prüfung anleiten, „*inwieweit*“ die Tat auf diesen oder jenen Umständen beruht, führen sie zur Feststellung der Bedeutung der einzelnen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe eine kausale Betrachtung ein. Daneben verwenden sie aber auch gewisse Wertbegriffe. Die entlastenden Umstände sollen solche sein, „die dem Täter nicht zum *Vorwurf* gereichen“ und auch die Gesinnung, die den Täter belastet, wird als „verwerflich“ gekennzeichnet. Es muß deshalb zu zeigen versucht werden, wie die kausale Betrachtung und die Bewertung zur Gewinnung des gesetzlichen Strafmaßes beitragen. Auch muß eine Aufklärung des Verhältnisses der kausalen Betrachtung und der Bewertung versucht werden. Es interessiert dabei insbesondere, ob die Bedeutung der Bewertung lediglich darin besteht, daß sie die entlastenden von den belastenden Ursachen scheidet. Vor allem bedarf der allgemeine Begriff der „Ursachen, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen“ der Erläuterung. Eine gewisse Konkretisierung erfährt er

[1]) Grünhut, Aschaffenburgfestgabe, S. 93.
[2]) Ebenso die Begründungen 25 S. 50; 27 S. 53. Inhaltlich übereinstimmend S. IX Österr. Reg. vorl. 1912. Birkmeyer S. 23.

allerdings durch die sich an den Einleitungssatz anschließende Aufzählung der einzelnen Strafzumessungsgründe. Es soll deshalb, bevor die vorstehend aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen erörtert werden, im folgenden zunächst auf diese einzelnen Umstände eingegangen werden.

II. Die einzeln aufgeführten Strafzumessungsgründe.

Die einzelnen Strafzumessungsgründe werden von den Entwürfen in Gruppen aufgeführt, die man kurz vielleicht durch folgende Überschriften kennzeichnen kann: 1. Die Beweggründe des Täters. 2. Mängel und Störungen der Einsicht und des Willens. 3. Bürgerliche und wirtschaftliche Stellung des Täters. 4. Das Verhalten nach der Tat. Der E. 1927 hat noch die „verschuldeten Folgen der Tat" hinzugefügt und zwischen die erste und zweite Gruppe eingeschoben.

1. Durch die Hervorhebung der Beweggründe in der ersten Gruppe leiten die Entwürfe zur Erforschung der Ursachen an. Der Begriff Beweggrund ist in den Entwürfen offenbar sehr weit gefaßt. Die Begründungen rechnen unter ihn auch Mitleid, Schadenfreude, Ehrliebe und Gewinnsucht, also Eigenschaften, die wie sie selbst hervorheben, einen unmittelbaren Schluß auf den Charakter des Täters zulassen. Unter Beweggründen versteht man aber sonst gerade die gefühlsbetonten Vorstellungen, die den Willen in Bewegung setzen.[1]) Mitleid, Schadenfreude usw. bezeichnen nicht die Vorstellung eines in der Gegenwart schon gegebenen Umstandes oder in der Zukunft zu verwirklichenden Erfolges, sondern eher die auf seiner Eigenart beruhende Art der Einstellung des Täters zu diesem Erfolg. Da das Gesetz durch den Ausdruck „Beweggründe" keine tatbestandsmäßige Angrenzung geben will, scheint es zulässig, beide Gruppen von Momenten als mit ihm gemeint, anzusehen.

Mit den Beweggründen stehen die in den weiteren Worten genannten Ursachen in engem Zusammenhang. So ist der Anreiz zur Tat die Wahrnehmung eines äußeren Umstandes, der gerade wegen der Unmittelbarkeit der Wahrnehmung im Augenblick der Tat auf den Täter besonders eindrucksvoll wirkt. Die Begründungen nennen hier als Beispiel Gelegenheit und schwere Kränkung.

Von der Wahrnehmung des äußeren Anreizes unterscheidet sich die Vorstellung des Zweckes dadurch, daß sie ihrem Inhalte

[1]) M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 45; Wundt, Ethik, S. 8. Siehe auch Graf zu Dohna, Elemente des Schuldbegriffs, S. 312; Liepmann, Einleitung, S. 116; Birnbaum, S. 28.

nach über die äußeren Umstände der Gegenwart hinausgeht und gerade auf eine Veränderung der gegenwärtigen Verhältnisse gerichtet ist. Sie gewinnt dadurch in doppelter Hinsicht eine charakterisierende Kraft. Zunächst lehrt die Betrachtung des Zweckes, den der Täter verfolgt hat, ob die äußeren Umstände, etwa die schwere Kränkung oder die äußere Notlage, ihn tatsächlich zu der Tat geführt haben oder ob es ihm über diese Umstände hinaus auf Grund seiner Eigenart auf die Begehung der verbrecherischen Handlung ankam, inwieweit also die Motive und inwieweit seine Persönlichkeit am Zustandekommen der Tat beteiligt waren. Daß der vom Täter verfolgte Zweck für die Strafzumessung aber auch in einem weiteren Sinne in Betracht kommen kann, zeigt Frank in seinen Ausführungen über die Bedeutung der Schuld für die Strafzumessung durch die Gegenüberstellung des Diebstahls, um sich bilden zu können, und des Diebstahls, um sich zu amüsieren.[1]) Der offensichtliche Wertunterschied zwischen diesen beiden Fällen des Diebstahls läßt sich nicht durch die Bezeichnung des mehr oder weniger großen Anteils der Persönlichkeit am Zustandekommen der Tat erfassen, sondern nur durch die Betrachtung der mehr oder weniger großen sozialen Schädlichkeit des Handelns und der mit ihm gegebenen sozialethisch mehr oder weniger wertvollen Gesinnung. Es zeigt sich darin, daß der Zweck der Tat neben seiner mittelbaren Bedeutung als Erkenntnismittel zur Erkundung des Anteils der Persönlichkeit am Zustandekommen der Tat auch selbständig für deren Beurteilung in Betracht kommt.

Was von dem vom Täter verfolgten Zweck gilt, gilt in wesentlichem Umfang auch von den in beiden Entwürfen ferner genannten Mitteln, die der Täter angewandt hat. Auch daraus, in welchem Verhältnis die vom Täter angewandten Mittel zu dem für den Täter gegebenen äußeren Anlaß stehen, läßt sich ersehen, in welchem Maße dieser für ihn bei der Begehung der Tat bestimmend war [2]). Und nach der Art der angewandten Mittel kann ebenfalls unabhängig dem Gesichtspunkt des größeren oder geringeren Anteils des Charakters an dem Zustandekommen der Tat, ein Urteil über die Tat des Täters gefällt werden.

Daß die vom Entwurf 1927 noch besonders genannte „Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens" in gleicher Weise unmittelbar zur Charakterisierung der Gesinnung des Täters beiträgt, bedarf keiner Ausführung.

[1]) § 51 vor III S. 134.
[2]) Vgl. v. Lilienthal, Ztschr. 20, 442 über adäquates Verhältnis von Zweck und Mittel.

In welchem Sinne die durch die vorstehend kurz erläuterten gesetzlichen Begriffe umschriebenen Umstände bei der Strafzumessung in Betracht kommen sollen, kann aus ihnen selbst nicht erkannt werden. Es rührt das einmal daher, daß sie solche Umstände bezeichnen, bei denen es nach den Ausführungen der Einleitung nicht so sehr darauf ankommt, ob sie überhaupt gegeben sind, sondern darauf, in welchem Grade sie vorliegen, und das deshalb nur im Einzelfall ihre Bedeutung im Hinblick auf die in ihrem Wesen liegende Steigerungsmöglichkeit ermessen werden kann.

Die Unmöglichkeit, auf Grund der Begriffe selbst in abstrakto deren Einfluß auf die Strafzumessung zu bestimmen, beruht aber weiter darauf, daß sich aus ihnen selbst nicht ergibt, ob sie in der oben besonders bei der Besprechung des vom Täter verfolgten Zwecks hervorgehobenen doppelten Bedeutung berücksichtigt werden sollen, d. h. ob sie nur mittelbar als Erkenntnismittel zur Erkundung des Anteils der Persönlichkeit am Zustandekommen der Tat verwertet werden oder ob aus ihnen auch unmittelbar Gesichtspunkte für die Bestimmung der Strafe entnommen werden sollen. Auf die damit aufgeworfenen Fragen muß deshalb im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Erörterung des Einleitungssatzes eingegangen werden.

2. In der zweiten (E. 25) oder dritten (E. 27) Gruppe der besonderen Strafzumessungsgründe sind „das Maß der Einsicht des Täters und der Einfluß krankhafter oder ähnlicher Störungen auf seinen Willen" genannt. Diese Umstände können Störungen betreffen, die nur im Augenblick der Tat aus äußerer Ursache auftreten. Dahin gehört z. B. die betäubende Wirkung einer Verletzung. Derartige psychotische Erscheinungen können sowohl das Maß der Einsicht als auch den Willen beeinflussen und entlasten dann als Ursachen, die nicht zum Vorwurf gereichen.

Andererseits sind aber auch dauernde Mängel der Einsicht und des Willens möglich. Derartige dauernde Mängel, zusammenhängend mit einer anormalen Konstitution überhaupt, sind sogar regelmäßige Erscheinungen; denn die eigentlich gefährlichen Verbrecher sind in erheblichem Umfang Psychopathen und seelisch Minderwertige [1]) Die Frage, ob bei diesen Personen die Mängel der Einsicht und des Willens eine geringere Bestrafung herbeiführen sollen, ist daher von besonderer praktischer Bedeutung.

[1]) Wilmans, Verminderte Zurechnungsfähigkeit, S. 74; Kohlrausch IKV. Karlsruhe, S. 25.

Graf Gleispach hält es z. B. für im Sinne des Entwurfs 1925 liegend, trotz der Willensschwäche des Täters dem zum Verbrechen führenden Trieb strafschärfende Wirkung beizumessen.[1]) Mittermaier dagegen empfiehlt Strafminderung bei anormaler Willensschwäche und vermißt eine klare Entscheidung der Frage durch das Gesetz.[2]) In der Tat ergibt sich aus der hier zunächst zu untersuchenden Wendung des Gesetzes eine Entscheidung der Frage nicht. Im Gesetzestext ist zwar schlechthin von dem Maß der Einsicht die Rede, so daß angenommen werden könnte, daß es gleichgültig ist, ob das Maß dauernd oder infolge einer Störung vorübergehend herabgesetzt ist. Andererseits ist beim Willen allein von Störungen die Rede, so daß daraus geschlossen werden könnte, daß dauernde Willensschwäche keine geringere Bestrafung herbeiführen soll. Da aber mehr als zweifelhaft ist, daß die Begriffe im Gesetzestext scharf umrissen sind, kann auf die gegebene Auslegung kein Gewicht gelegt werden. Die aufgeworfene Frage bedarf daher erneuter Erörterung unter Berücksichtigung des ganzen Gesetzes, die endgültig im systematischen Teil vorzunehmen ist.

3. In der dritten Gruppe nennt E. 25 „das Vorleben des Täters, seine persönlichen Verhältnisse und seine wirtschaftliche Lage zur Zeit der Tat." E. 27 spricht statt von den persönlichen Verhältnissen und der Lage zur Zeit der Tat von den „persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen zur Zeit der Tat und der Aburteilung."

Das Vorleben zeigt vor allem, inwieweit die in den vorhergehenden Gruppen als wesentlich bezeichneten Momente vorliegen. Eine vollständige Untersuchung, ob bei dem Angeklagten geistige Störungen (Gruppe 2 und 3) vorhanden sind, ist längst ohne ein Eingehen auf die Vergangenheit des Angeklagten nicht denkbar.[3]) Gerade auch für die Feststellung der Gesinnung kommt das Vorleben entscheidend in Betracht.[4]) Schon die einzelne Tat kann den Charakter des Täters offenbaren. Mehr noch und deutlicher wird seine dauernde Gesinnung dadurch gekennzeichnet, daß der gerade der Verhandlung zu Grunde liegenden Tat eine Reihe von ähnlichen Taten vorausgegangen ist.

Das Vorleben kann aber auch Erkenntnismittel sein für Ursachen, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen. Es kann Beweggründe, den Anreiz zur Tat und deren Zweck enthüllen. Die

[1]) Aschrott-Kohlrausch, S. 203.
[2]) Mon. Schr. 17, 347; gegen Graf Gleispach auch Mezger, Ztschr. 47, 491.
[3]) Birnbaum, Psychopathische Verbrecher, S. 535.
[4]) Allfeld, Lehrbuch, S. 278, Anm. 11.

Ursachen können in sehr weit zurückliegenden Ereignissen im Leben des Täters wurzeln, die aber in unmittelbarer Beziehung zu der Tat selbst stehen.

Das Vorleben enthält dazu die unendliche Reihe der Ursachen, die durch den Täter auf die Tat Einfluß gewonnen haben. Diese Ursachen lassen erkennen, wie der Täter zu einem Menschen geworden ist, der eine strafbare Handlung begeht, zeigen das Milieu, aus dem er stammt, die Eltern, deren körperliches und geistiges Erbteil er trägt, die Erziehung, die er genossen hat. Es handelt sich bei diesen Momenten nicht um Umstände, die als gefühlsbetonte Vorstellungen den Täter zu der Tat veranlassen, sie wirken vielmehr nur dadurch, daß sie dazu beigetragen haben, dem Täter die gegenwärtig vorhandene Eigenart zu geben. Bei ihnen begegnet die Beantwortung der Frage, ob sie als die Willensrichtung charakterisierende Umstände oder als den Täter entlastende Ursachen anzusehen sind, besonderen Schwierigkeiten. Die Begründungen beider Entwürfe entscheiden dahin, daß sie nur als Hilfsmittel zur Erkenntnis der Gesinnung und Eigenart des Täters angesehen werden könnten, und begründen diese Stellungnahme damit, daß „das Maß der erforderlichen, durch die Strafe zu erreichenden seelischen Gegenwirkung immer nur durch den Grad und die Festigkeit des verbrecherischen Willens, nicht durch den Werdegang des Täters bestimmt werden könne".[1]) Dieser Begründung steht jedoch das Bedenken entgegen, daß sie sich lediglich auf den Strafzweck der Spezialprävention beruft und daß es erst besonderer Nachprüfung bedarf, ob dieser Strafzweck bei der Verhängung der Strafe allein maßgebend sein soll. Bei der vorliegenden Frage handelt es sich offenbar um dasselbe Problem wie bei der nach der Berücksichtigung der Willensschwäche. Auch hier tritt Mittermaier für geringere Bestrafung ein.[2]) Auch die Beantwortung dieser Frage muß daher dem systematischen Teil vorbehalten werden.

Neben dem Vorleben nennt E. 25 die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Lage zur Zeit der Tat. Der E. 27 spricht auch von den Verhältnissen zur Zeit der Aburteilung. Die darin gegenüber dem Entwurf 25 liegende Änderung hängt damit zusammen, daß im E. 27 der aus dem geltenden Recht in den § 68 I E. 25 übernommene Satz gestrichen ist, daß bei Bemessung der Geldstrafe die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen sind. Sie ist nach der Begründung zum E. 27 deshalb

[1]) E. 25, S. 50; E. 27, S. 53.
[2]) Mon. Schr. 17, S. 347 ff.

vorgenommen worden, weil der Entwurf davon ausgeht, „daß die Verhältnisse, in denen der Täter zur Zeit der Aburteilung sich befindet, und zwar nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die persönlichen, bei Festsetzung einer jeden Strafe von wesentlichem Einfluß sein können".[1]) Der Regelung der Entwürfe liegt wie schon dem § 27c des geltenden Strafgesetzbuchs der Gedanke zu Grunde, daß dieselbe Strafe auf verschiedene Verurteilte, die aus ganz verschiedenen wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen stammen, ganz verschieden wirken muß.[2]) Für den Fall, in dem es sich um die Bezahlung einer Geldstrafe handelt, leuchtet das ohne weiteres ein. Nach den Entwürfen, in denen ausdrücklich auch die persönlichen Verhältnisse erwähnt sind, ist zweifellos, daß auch die Frage nach der Zahl und den Einkommensverhältnissen der Personen, denen der Täter unterhaltspflichtig ist, aufgeworfen werden muß.[3]) Auch bei der Freiheitsstrafe kommen die wirtschaftlichen Verhältnisse im weiteren Sinne in Betracht. Für einen Reichen, der die Entbehrungen des Lebens nicht kennt, erscheint eine Freiheitsstrafe als ein größeres Übel und eine größere Schande als für einen an unglückliche Verhältnisse gewöhnten Armen. Auch wirkt die Strafe je nach den Familienverhältnissen oder dem Gesundheitszustand schwerer oder leichter. Immer wird aber nur die Wirkung auf den Täter, nicht aber die Wirkung auf dessen Familie, höchstens der Eindruck, den die Wirkung der Strafe auf die Familie auf den Täter macht, in Betracht zu ziehen sein. Denn die Strafe ist nach allen Straftheorien eine Maßregel, die sich nur gegen den Täter richtet.

Zu den Verhältnissen des Täters zur Zeit der Tat gehören auch die Folgen, die die Tat selbst für den Täter schon gehabt hat. Es ist nicht selten, daß der Täter bei der Begehung der Tat einen Unglücksfall erleidet oder daß er von dem Angegriffenen körperlich verletzt wird. Diese Schäden wird man ihm sicherlich als ihm durch den Gang der Ereignisse schon auferlegte Strafe anrechnen. Darüber hinaus berücksichtigen die Gerichte schon jetzt, daß die Entdeckung der Tat wirtschaftliche Folgen für die Erwerbsstellung des Angeklagten gehabt hat oder haben wird, daß er z. B. als Handlungsgehilfe seine Stellung verloren hat oder als Beamter seines Amtes enthoben wird.[4]) Diese Nebenwirkungen der Tat sind auch

[1]) Begründung E. 27, S. 53.
[2]) Bumke, Wandlung der Strafen. Mon. Schr. 17, S. 350.
[3]) Frank, § 27c, Anm. II1.
[4]) Rosenfeld, VD., S. 164.

nach den Entwürfen in die Erwägungen über die Höhe der Strafe aufzunehmen.

4. Führte die Betrachtung der bisherigen Gruppen dazu, die Wirkung der zu verhängenden Strafe bei den besonderen Verhältnissen des Täters zu ermessen, so entsprechen die Umstände der nächsten Gruppe wieder denen der ersten, indem sie zur Erkenntnis der Gesinnung des Täters anleiten. Nach ihr ist zu prüfen „das Verhalten des Täters nach der Tat, insbesondere, ob er sich bemüht hat, den Schaden wieder gutzumachen, der durch die Tat entstanden ist." Was der Angeklagte unternimmt, wenn die Vorstellungen und die Erregungen des Augenblicks vergangen sind, das zeigt, welchen Charakter und welche Grundgesinnung er hat. Denn dann tritt sein eigentliches Wesen wieder hervor. Es wird dann deutlich, ob es tatsächlich die äußeren Beweggründe waren, die ihn zur Tat veranlaßt haben oder ob er aus eigener verwerflicher Gesinnung heraus gehandelt hat.

Die vom Gesetz ausdrücklich genannte Wiedergutmachung des Schadens ist das häufigste äußere Kennzeichen für die innere Verfassung des Angeklagten nach der Tat. Sie zeigt, welche Stellung der Angeklagte zu seiner Tat einnimmt. Bei der Beurteilung dessen, was der Täter zur Wiedergutmachung tut, ist auch zu berücksichtigen, ob es ihm nach Lage seiner persönlichen Verhältnisse schwer oder leicht fällt, den Schaden zu ersetzen.

Zu dem Verhalten nach der Tat gehören auch Leugnen und Reue. Sie dürfen nicht unter dem Gesichtspunkt angesehen werden, ob sie dem Gericht die Verhandlung erschweren oder abkürzen und erleichtern. Sie sind vielmehr auch lediglich Erkenntnisquellen für die innere Haltung des Angeklagten und kommen nur wegen ihrer symptomatischen Bedeutung in Betracht. Dabei braucht die Reue nicht immer auf den Täter ein gutes Licht zu werfen, sondern sie kann auch ein Zeichen für einen energielosen, schwächlichen Charakter sein.[1])

5. In der vorstehenden Untersuchung sind nunmehr alle einzeln aufgeführten Strafzumessungsgründe des E. 25 besprochen worden; es sind daher nur noch die vom E. 27 hinzugefügten „verschuldeten Folgen der Tat" zu erörtern.

Auch aus den Folgen der Tat läßt sich wie aus den meisten anderen genannten Momenten auf Charakter und Gesinnung des Angeklagten schließen. Die Begründung zum E. 27 hebt allein

[1]) Gerland, Gewissen GS. 65, S. 299; Rosenfeld, VD. 157.

diese Bedeutung der Folgen als Mittel zur Erkenntnis des Charakters hervor. Sie führt aus, daß die Erkenntnis hier gewonnen werde, aus der Art und dem Maß der Schuld, die dem Täter an dem Eintritt schwererer Folgen beigemessen werden könne. Der Täter wird dadurch gekennzeichnet, daß die tatsächlich vorhandene oder die bei ihm mögliche Vorstellung der vom Recht mißbilligten Folgen nicht abhaltendes Motiv für ihn geworden ist.

Daß die verschuldeten Folgen nach dem Entwurf 27 nur diese ihnen zweifellos zukommende symptomatische Bedeutung haben sollen, ist jedoch nicht anzunehmen. Nach allgemeiner Ansicht prägt sich gerade in den Folgen der objektive Unrechtsgehalt der Tat aus. So hat v. Hippel auf der Bonner Tagung der IKV. seine Forderung auf Aufnahme der Folgen der Tat in die Strafzumessungsvorschrift mit der Erklärung gerechtfertigt, daß „die objektive Bedeutung der Tat sich nicht ignorieren lasse“ [1]) Es fragt sich nur, ob nicht eine derartige Verwertung der Folgen der Tat durch die schon oben hervorgehobene beschränkende Wirkung des Einleitungssatzes ausgeschlossen wird. Dieselbe Frage, ob die in §§ 67 E. 25 und 69 E. 27 einzeln aufgeführten Momente bei der Strafzumessung selbständige Bedeutung haben oder ob sie lediglich Erkenntnismittel für Charakter und Motive sein sollen, ist oben schon einmal bei Besprechung des Zwecks und der Mittel des Täters aufgeworfen worden. Auf sie soll bei der folgenden grundsätzlichen Prüfung des Einleitungssatzes eingegangen werden. Sie wird behandelt im Zusammenhang mit der zuerst erfolgenden Erörterung der Bedeutung des Einleitungssatzes für die Umgrenzung der für die Strafzumessung überhaupt in Betracht kommenden Umstände.

6. Im Anschluß an die einzelnen Strafzumessungsgründe ist zuvor noch die dem § 27c II StGB. entsprechende Bestimmung der §§ 68 II E. 25 und 70 E. 27 zu erwähnen, daß in der Regel die Geldstrafe das Entgelt für die Tat und den aus ihr gezogenen Gewinn übersteigen soll. Diese Vorschrift hat offenbar nicht so sehr die Bedeutung, ein Werturteil zum Ausdruck zu bringen, sie will vielmehr, wenn sie auch nicht wie Kohlrauschs Formulierung[2]) den Richter auf den Zweck der Strafe verweist, sondern die Form der Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge hat, dazu beitragen, die Strafe als Einwirkung auf den Täter zweckentsprechend zu gestalten.

---

[1]) KV. Bonn, S. 96. Fast wörtlich ebenso Begründung zum Vorentwurf I, S. 316.
[2]) IKV. Karlsruhe, S. 26.

III. Die Bedeutung der Sondervorschriften für die Umgrenzung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände und die Feststellung des Einflusses der einzelnen Strafzumessungsgründe auf die Bestimmung der Strafe.

1. Die Umgrenzung des Kreises der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände.

Die die Strafzumessungsgründe umgrenzende Wirkung des Einleitungssatzes beruht auf der Einführung der kausalen Betrachtung. Dadurch, daß gefragt ist nach den Momenten, auf denen die Tat beruht, wird im Entwurf 1925 die objektive Seite und auf der subjektiven Seite alles das, was mit der Tat nicht in einer kausalen Beziehung steht, ausgeschieden. In dieser Hinsicht will der Einleitungssatz des § 67 nicht nur einen, wenn auch wesentlichen, Gesichtspunkt für die Strafzumessung, sondern er will die entscheidende Richtung angeben und ist deshalb insofern zwingend.[1]) Die weitere Aufzählung der einzelnen Umstände wie Zweck, Vorleben usw. in § 67 ist dagegen nicht abschließend, wie das Wort „namentlich" beweist. Die Berücksichtigung weiterer Momente ist darum zulässig.

Es ergibt sich daraus, daß die Verwertung der sämtlichen in § 67 genannten oder auch nicht genannten Umstände sich in dem dadurch, daß nur nach den Ursachen gefragt ist, gezogenen Grenzen zu halten hat. Auch der vom Täter verfolgte Zweck und die angewendeten Mittel, die an sich auch geeignet sind, die soziale Schädlichkeit der Tat zu kennzeichnen, dürfen nur zur Erforschung der Gesinnung verwandt werden. Erst recht kommt die abgrenzende Wirkung des Einleitungssatzes bei den nicht aufgezählten Umständen zur Geltung, so daß z. B. die selbständige Verwertung der objektiven Folgen der Tat untersagt ist.[2])

Im Entwurf 1927 hat der Einleitungssatz in seinem Kern denselben Wortlaut wie in § 67 E. 25. Trotzdem hat er nicht die Wirkung des § 67 E. 25.

Diese ist namentlich dadurch erheblich herabgesetzt, daß seine Anwendung nicht wie bei § 67 E. 25 zwingend vorgeschrieben ist. § 69 E. 27 soll auch mit dem im Einleitungssatz niedergelegten Gedanken nur „hauptsächlich" in Betracht gezogen werden. Infolgedessen können neben ihm auch andere Gesichtspunkte die Strafzumessung beeinflussen. Dem entspricht es auch, daß die Aufzählung der einzelnen Strafzumessungsgründe noch mehr Umstände enthält,

[1]) Nagler, G. S. 93, S. 86.
[2]) Graf zu Dohna, IKV. Bonn, S. 124.

die nicht Erkenntnismittel für die Gesinnung sind. Im Gegensatz zu den sämtlichen in § 67 E. 25 genannten Umständen lassen sich die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Aburteilung, die der E. 25 in dem besonderen § 68 nennt, überhaupt nicht in dem vom Einleitungssatz angegebenen Sinne als Anhaltspunkte für die Erforschung der Gesinnung verwerten. Ein im § 69 E. 27 genannten Umstand geht danach in jedem Falle über den Rahmen des Einleitungssatzes hinaus. Es erscheint deshalb zulässig, ebenfalls den vom Täter verfolgten Zweck, die aufgewendeten Mittel und die verschuldeten Folgen der Tat mit der Begründung zum E. 27 nur noch „vornehmlich“[1]) als Erkenntnisquellen anzusehen und daneben ihnen selbständige Bedeutung als Zeugen des Unrechtsgehaltes der Tat beizumessen.

Gerade bei den Folgen ist das noch aus einem besonderen Grunde gerechtfertigt. Ihre Aufnahme in die Strafzumessungsvorschrift ist immer nur zu dem Zwecke verlangt worden, den Richter zu veranlassen, auch „die objektive Bedeutung der Tat“[2]) in die Erwägungen über die Strafzumessung einzustellen. Und daß das bei ihrer tatsächlichen Aufnahme in den § 69 E. 27 berücksichtigt worden ist, ist als sicher anzunehmen.

Wenn danach der Einleitungssatz des § 69 E. 27 auch nicht ausschließlich maßgebend ist für die Strafzumessung, so bleibt doch bestehen, daß er „hauptsächlich“ angewandt werden soll. Welche Umstände neben den Folgen und neben den anderen in § 69 E. 27 genannten Umständen zu berücksichtigen sind, bestimmt sich nach den aus dem Gesetz zu gewinnenden Prinzipien. Auch der Umfang der Berücksichtigung der objektiven Seite der Folgen kann sich nur nach diesen Grundsätzen bestimmen. Deren Anwendung wird aber wieder nur unter Beachtung des „hauptsächlich“ maßgebenden Einleitungssatzes und der von ihm umgrenzten Umstände erfolgen können.

2. Die Feststellung des Einflusses der einzelnen Strafzumessungsgründe.

Die letzten Darlegungen für den E. 27 erstrecken sich schon darauf, in welchem Umfange die einzelnen Strafzumessungsgründe das Maß der Strafe beeinflussen, und es ergibt sich aus ihnen, daß die im § 69 E. 27 genannten Momente wichtiger sind als die vom Richter

[1]) Begründung S. 53; in der entsprechenden Stelle der Begründung E. 25, S. 50 fehlt das Wort „vornehmlich“.
[2]) v. Hippel, IRV. Bonn, S. 96.

etwa sonst zu berücksichtigenden, dort aber nicht genannten Umstände. Damit ist jedoch nicht sehr viel für die Erkenntnis der den einzelnen Umständen zukommenden Bedeutung gewonnen. Denn zur Feststellung dieser Bedeutung ist zunächst zu fragen, ob die Umstände die Strafe erhöhen oder ob sie sie mindern, und dann weiter zu fragen, in welchem Grade sie die Strafe nach oben oder nach unten drücken. Es handelt sich also sowohl um die Richtung ihres Einflusses als um das Maß ihres Einflusses.

a) Die Feststellung der straferhöhenden oder strafmindernden Richtung des Einflusses.

Was zunächst die Richtung des Einflusses angeht, so führt die von den Entwürfen eingeführte kausale Betrachtung in diesem Punkte nicht weiter. Sie stellt vielmehr erst selbst die Aufgabe, zwei Kausalreihen zu bilden, eine aus den entlastenden Ursachen und eine aus den belastenden, besonders im Innern des Täters liegenden Ursachen, und verlangt damit gerade die Feststellung der Richtung der Wirksamkeit. Ob die einzelnen Strafzumessungsgründe auf der belastenden oder entlastenden Seite einzustellen sind, sagt der Einleitungssatz nicht klar[1]). Wesentliche Anhaltspunkte für die Entscheidung dieser Frage ergeben sich allerdings aus der schon besprochenen grundsätzlichen Scheidung von Gesinnung und entlastenden Motiven. Durch sie wird in den meisten Fällen zu einem dem Willen des Gesetzes entsprechenden Ergebnis zu gelangen sein.

Die oben offen gebliebene Frage, ob es dem Täter zugute gehalten werden soll, daß ihm das soziale Verhalten wegen seiner ererbten schlechten Veranlagung oder wegen der ihm wesenhaft eigenen Willensschwäche nicht leicht fällt, oder ob die mit diesen Momenten zusammenhängende Gefährlichkeit gerade umgekehrt Anlaß zu höherer Bestrafung geben soll, kann aber auch durch die Scheidung von Motiv und Charakter nicht beantwortet werden. Denn wie die psychopathischen Merkmale, so gehört auch die Zurechnungsfähigkeit zur Eigenart des Täters. Daß der Zurechnungsunfähige nicht als der größte Verbrecher anzusehen, sondern überhaupt nicht zu bestrafen ist, steht ebenfalls fest. Die Schwierigkeit besteht deshalb darin, die Grenzlinie zwischen den Gruppen zu finden, die etwa durch die beiden äußersten Fälle einerseits der Zurechnungsunfähigkeit und andererseits dauernder bewußter verbrecherischer Wesensrichtung gekennzeichnet werden.[2])

[1]) Graf zu Dohna, IKV. Bonn, S. 26; Kohlrausch, IKV. Karlsruhe, S. 25.
[1]) Zu derselben Frage: Mezger, Der moralische Defekt. Ztschr. 14, S. 573/76; Kohlrausch, IKV. Karlsruhe, S. 25/26.

Hier führt auch eine Anknüpfung an die Worte „verwerflich" und „Vorwurf" im Einleitungssatz allein nicht weiter. Vielmehr ist offenbar, daß zu einer Klarstellung der Frage die Regelung der Zurechnungsfähigkeit zu beachten und schon zur Nachprüfung des von den Begründungen zur Stützung ihrer Stellungnahme herangezogenen Gesichtspunkts der Spezialprävention die kriminal-politische Stellungnahme der Entwürfe in Betracht zu ziehen ist. Deshalb muß die endgültige Erörterung dieser Frage dem systematischen Teil vorbehalten werden.

Für den E. 27 ist das folgende noch besonders auszuführen: Die in ihm zugelassene selbständige Bewertung von Zweck, Mitteln und verschuldeten Folgen tritt zwar gegenüber der Erkundung und Berücksichtigung der Verbrechensursachen zurück. Wenn sie aber auch zurücktritt, so ist es doch nicht überflüssig, nach dem Maßstabe für sie zu fragen. Hier gewinnen die Worte „Vorwurf" und „verwerflich" Bedeutung. Wenn z. B. der Zweck, sich zu bilden, oder der Zweck, sich zu amüsieren, nicht allein in Beziehung auf das Maß ihrer Fundierung im Charakter, das übrigens in beiden Fällen gleich sein kann, sondern selbständig in bezug auf ihre Verwerflichkeit beurteilt werden sollen, dann kann auch das Wesen der Verwerflichkeit nicht mehr allein in der Beziehung derselben zur Gesinnung, d. h. danach begriffen werden, ob die Tat aus eigenem Antrieb des Täters oder auf äußeren Anlaß hin vorgenommen ist.[1]) Vielmehr muß hier nach den Ausführungen der Einleitung auf die im Gesamtinhalt des Gesetzes niedergelegten Wertmaßstäbe zurückgegangen werden, deren Anwendung im Einzelfall auch durch die Beachtung der im Volke lebenden Wertanschauungen und der Grundsätze des Richtigen Rechts ergänzt wird.

b) Die Feststellung des Gewichts der einzelnen Strafzumessungsgründe.

Gibt der Einleitungssatz der beiden Strafzumessungsvorschriften nach den Ausführungen des letzten Abschnitts, auch keine endgültige Klarheit darüber, in welcher Richtung die einzelnen Umstände die Strafe beeinflussen, so erteilt er doch eingehendere Auskunft darüber, in welchem Maße sie zur Erhöhung oder Verminderung beitragen. Das Maß ihres Einflusses auf die Bestrafung soll sich nach dem Maß ihrer kausalen Wirkung bestimmen. Je mehr der einzelne Umstand zum Zustandekommen der Tat mitgewirkt hat, umsomehr soll er

[1]) Hier tritt der Unterschied zum E. 25 hervor; über den Begriff der Verwerflichkeit in diesem Graf zu Dohna, Stammler-Festgabe S. 266.

auch die Höhe der Strafe beeinflussen. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß bei dieser kausalen Betrachtung nicht von dem Satz von der Gleichartigkeit der Bedingungen ausgegangen werden kann, daß vielmehr gerade im Gegenteil zum Zwecke des Vergleichens und Abwägens eine Differenzierung und Einschätzung der einzelnen Ursachen vorzunehmen ist. Es ist deshalb zu erwägen, in welcher Weise und nach welchen Maßstäben die Beurteilung der kausalen Wirkung der Gesinnung und der entlastenden Ursachen stattfinden soll. Dabei ist zunächst festzustellen, daß das Gesetz anleitet, eine quaestio facti aufzuwerfen. Daß dem Einleitungssatze ein Werturteil des Gesetzes zugrunde liegt, bedarf keiner Darlegung. Dieses Werturteil ist aber in einen gesetzlichen Tatbestand mit rein tatsächlichen Momenten umgeformt[1]). Der Umstand, daß die dem Richter zugewiesene Tätigkeit auf eine tatsächliche Feststellung und nicht ein richterliches Werturteil gerichtet ist, charakterisiert sie. Sie soll nur ein tatsächliches Ergebnis liefern, auf das der das prinzipielle Werturteil des Gesetzes enthaltende Einleitungssatz im Wege der logischen Vergleichung, nach Art der Subsumtion, angewendet werden soll. Infolgedessen erfolgt, wie die Beurteilung einer jeden Ursache, so auch die des ursächlichen Einflusses der entlastenden und belastenden Momente nach allgemeinen Erfahrungssätzen. Aus Zweck, Mitteln, Art der Ausführung usw. kann unmittelbar auch ein Bild von der tatsächlichen Wirksamkeit der Gesinnung gewonnen werden.

Doch entbehrt auch die auf die tatsächliche Feststellung des kausalen Einflusses der einzelnen Umstände gerichtete Beurteilung des Kausalzusammenhanges nicht in allen Fällen eines normativen Elementes. Die quaestio facti kann nicht immer ohne normative Erwägungen beantwortet werden. Das zeigt die folgende analysierende Betrachtung. Zu den wesentlichen Anhaltspunkten für die Erkenntnis der Gesinnung des Täters gehören auch die entlastenden Ursachen selbst. Insbesondere in Fällen, in denen unmittelbare Erkenntnisquellen für die Gesinnung fehlen, wird daraus, inwieweit äußere Tatsachen die Tat bestimmt haben, auf die Beteiligung der Gesinnung geschlossen. Es wird dabei praktisch der Satz Max Ernst Mayers angewandt, daß jede Handlung soweit auf dem Charakter beruhe, soweit sie nicht auf die Motive zurückzuführen sei.[2]) Aus dem Maße

[1]) Graf zu Dohna bemerkt zutreffend, daß besonders in der Begründung E. 25 „die normativen Bestandteile des Gedankens in kausale Merkmale" aufgelöst werden. A. a. O., S. 265.

[2]) Allg. Teil S. 497; dieselbe Erwägung zur Notstandsregelung bei Kadecka, Die Schuldlehre nach dem Strafgesetzentwurf, Ztschr. 48, S. 605 ff. Dazu Nagler, Ger., S. 93, S. 104.

des Anteils der Motive wird das Maß der Beteiligung des Charakters gefolgert. Zum Beispiel wird daraus, daß die Wirksamkeit der Verführung nur gering war, entnommen, daß der Täter mehr aus seiner Gesinnung heraus gehandelt hat. Der Schluß von den Motiven auf den Charakter setzt aber eine Einschätzung der Wirksamkeit der Motive, z. B. der Verführung, voraus. Diese wiederum erfolgt aber danach, wie der normale Bürger sich unter dem Einfluß dieser Motive verhalten haben würde und wie weit die tatsächlichen Umstände hinter solchen Umständen zurückbleiben, die auch den normalen Bürger zu einer derartigen Tat veranlassen würden.[1]) Soweit die Motive der Tat oder, beim Versuch, der beabsichtigten Tat nicht adäquat sind, wird diese der Gesinnung zugeschrieben. Dabei wird durch die Generalisierung der Wertmaßstab gewonnen: zur Einschätzung des Motivs wird das Verhalten des Täters an dem vorgestellten Verhalten des normalen Täters gemessen[2]). Es zeigt sich also, daß die Einschätzung der kausalen Bedeutung der entlastenden Umstände nicht völlig ohne Rücksichtnahme auf soziale Normen erfolgen kann.

Nicht anders liegt es aber, wenn bei der Feststellung des Einflusses von Motiv und Charakter nicht von den Motiven ausgegangen wird, sondern wenn diese Feststellung von der Betrachtung der Gesinnung auszugehen hat. Dieser Fall tritt nicht selten ein, wenn Motive und auch unmittelbare Erkenntnismittel für die Gesinnung nicht zutage liegen. Dann wird aus der Art und der Bedeutung der Tat auf die Gesinnung wie von der Wirkung auf die Ursache geschlossen. In diesen Fällen ist aber, wenn aus der Art der Begehung etwa das Vorhandensein von Habgier, Grausamkeit oder Schamlosigkeit und die Intensität dieser Eigenschaften gefolgert werden, die Gewinnung des jeweiligen besonderen Ergebnisses nicht möglich ohne eine gewisse soziale Beurteilung der Art der Begehung. Bei dieser werden aber notwendig normative Gesichtspunkte angewandt.[3])

Aus vorstehendem geht hervor, daß auch bei der in beiden Entwürfen vorgeschriebenen kausalen Betrachtung der einzelnen Momente zum Teil eine soziale Bewertung dieser Momente stattfindet.

---

[1]) Vgl. auch beide Begründungen zu § 73 E. 25 und § 74 E. 27: „Versuchungen von so geringer Stärke, daß ihnen tausend andere unschwer widerstehen können, vermögen die Anwendung mildernder Umstände nicht zu begründen."

[2]) Über Schuldurteil und Generalisierung siehe Kohlrausch, Reform, S. 26.

[3]) Liepmann, Kritische Bemerkungen zum E. 19 S. 6 verweist darauf, daß auch die Beantwortung der Frage nach dem Maß der Gefährlichkeit nach der sozial-ethischen Bewertung der rechtlich geschützten Interessen erfolge.

Die Bedeutung dieser Bewertung tritt jedoch zurück, weil sie der kausalen Betrachtung untergeordnet und ihr dienstbar gemacht ist. Da der Richter zunächst die Erkenntnis der kausalen Wirkung bestimmter Momente erstrebt, wird die mit der Bewertung erfahrungsgemäß verbundene Betätigung seines Sentiments eingeengt.[1]) Trotz der Minderung dieses Einflusses ist es von Nutzen, den mit der Feststellung der verursachenden Wirkung verbundenen Wertungsvorgang bewußt zu machen.[2]) Auch dadurch dürfte dazu beigetragen werden, die Strafzumessung aus „unklaren, verschwommenen Empfindungen" zu „besonnener auf Tatsachen gestützter Überlegung"[3]) zu erheben.

Auch in diesem Zusammenhange muß in bezug auf den E. 1927 wegen der in ihm vorgesehenen neben der kausalen Betrachtung liegenden selbständigen Bewertung der Strafzumessungsgründe noch besonders hervorgehoben werden, daß bei diesen auch das Maß, in dem sie die Höhe der Strafe beeinflussen, nicht aus dem Gesetz zu ersehen ist, daß vielmehr auch hier wie im geltenden Recht der Richter fast durchgehend auf allgemeine Wertmaßstäbe angewiesen ist.

Und endlich ist zu erwähnen, daß nach beiden Entwürfen neben der kausalen Betrachtung der Richter auch noch Zweckerwägungen anzustellen hat, da er im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Täters die voraussichtliche Wirkung der Strafe in Rechnung zu stellen und nach dem aus der Tat gezogenen Gewinn die Notwendigkeit der strafenden Einwirkung zu ermessen hat. Von diesen Zweckerwägungen hängt es gewissermaßen ab, ob er die im Wege der kausalen Betrachtung oder auch Bewertung ermittelte Steigerung der Strafe entsprechend auf der Strafseite in größerem oder kleinerem Verhältnis vorzunehmen hat.

B. Die übrigen Bestimmungen der Entwürfe.

I. Der Abschnitt über die Strafbemessung.

Die Untersuchung über den für die Strafzumessung verwertbaren[4]) Inhalt der übrigen Bestimmungen der Entwürfe beginnt zweckmäßig mit dem Abschnitt über die Strafbemessung. Dieser enthält außer der besprochenen Sondervorschrift die Bestimmnng über die Anwendung der Einschließung, die Regelung der Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe und dabei den Paragraphen über Rückfall und Gewohnheitsverbrecher.

[1]) M. E. Mayer, Allg. T., S. 499; Graf zu Dohna, IRV., Bonn, S. 124.
[2]) Grünhut, Aschaffenburg-Festgabe, S. 92.
[3]) Begründung E. 25, S. 52; E. 25, S. 56.
[4]) Ob er verwertet werden darf, wird zunächst nicht geprüft.

1. Die Vorschriften über die Einschließung (§ 71 E. 25 und § 72 E. 27) geben Richtlinien für den Ersatz der regelmäßigen Strafart durch die besondere Strafe der Einschließung und beziehen sich nicht unmittelbar auf die Bestimmung des Maßes der Strafe. Der Grund der Anwendung der Einschließung kann daher im Zusammenhang dieser Untersuchung nur dann von Bedeutung sein, wenn die Anwendung der Einschließung gegenüber der regelmäßigen Strafe eine Schärfung oder Milderung darstellt. Im geltenden Strafgesetzbuch geht aus der Vorschrift des § 21 hervor, daß die Festungshaft gegenüber Zuchthaus und gegenüber Gefängnis die mildere Strafe ist. In den Entwürfen fehlt eine entsprechende Bestimmung.

Nach dem E. 25 ist der Grund für die Verhängung der Einschließung die Tatsache, daß der Täter ausschlaggebend durch die Vorstellung einer seinen dauernden politischen, sittlichen oder religiösen Ansichten entspringenden Pflicht zu der Tat geführt worden ist. Danach ist die Auffassung möglich, daß die Pflichtenkollision des Täters als ein entlastender Umstand gewertet und daß die Strafe dementsprechend gemildert werden soll[1]). Es bestehen jedoch auch Anhaltspunkte dafür, daß die Anwendung des § 71 E. 25 nicht zu einer Milderung der Reaktion gegen den Täter, sondern zu einer überhaupt anders gearteten Behandlung des Täters führen soll[2]). Denn die Einschließung, die an die Stelle von Zuchthaus oder Gefängnis tritt, soll von gleicher Dauer sein wie die an sich zu verhängende Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe. Außerdem rechtfertigt der Umstand, daß der bedingte Straferlaß für die Einziehung nicht vorgesehen ist, die Annahme, daß nach dem E. 25 für die Verhängung der Einschließung Gesichtspunkte maßgebend sind, die auf die Bestimmung des Maßes der anderen Freiheitsstrafen nicht übertragen werden können. Es bestehen deshalb Bedenken dagegen, diese Gesichtspunkte zur Erläuterung und Ergänzung der Gedanken des § 67 E. 25 heranzuziehen.

§ 72 E. 27 findet den Grund der Anwendung der Einschließung darin, daß der Täter ausschließlich aus objektiv achtenswerten Beweggründen gehandelt hat, mißt jedoch der Art der Ausführung und den verschuldeten Folgen eine so große Bedeutung bei, daß er die Verhängung von Einschließung verbietet, wenn sie die Tat als besonders verwerflich erscheinen lassen. Die Fassung, vor allem der Hinweis auf die Beweggründe, macht ohne weiteres die Beziehung zu § 69 E. 27 deutlich. Auch inhaltlich muß § 72 E. 27 als in der

[1]) Mittermaier, Mon. Schr. 17, S. 342; ähnlich wohl auch Gerland, E. 25, S. 89.
[2]) Grünhut, Aschrott-Kohlrausch, S. 143.

Richtung des § 69 liegend aufgefaßt werden, zumal E. 27 in § 40 auch den bedingten Erlaß der Einschließungsstrafe vorsieht. Nach § 72 hat der Richter nicht nur die ursächliche Wirkung der Beweggründe, die ausschließlich sein muß, zu prüfen, sondern diese auch nach ihm in der Bestimmung selbst nicht gegebenen Normen daraufhin zu bewerten, ob sie achtenswert sind. Hervorzuheben ist weiter die in der Berücksichtigung der durch Folgen und Art der Ausführung gegebenen Verwerflichkeit der Tat liegende Abstellung auf objektive Momente. Für die Strafzumessung könnte aus vorstehendem entnommen werden, daß auch innerhalb des normalen Strafrahmens achtenswerte Momente die Strafe nach unten drücken, und daß sie insbesondere dann noch innerhalb des normalen Strafrahmens diese Wirkung haben, wenn Einschließung wegen der Folgen oder der Art der Ausführung nicht in Betracht kommt.

2. Die erste Bestimmung über die Anwendung eines abgeänderten Strafrahmens ist die Vorschrift über „besondere Milderungsgründe". § 72 E. 25 und § 73 E. 27. Sie verweist auf Umstände wie Versuch, verminderte Zurechnungsfähigkeit, die außerhalb des hier behandelten Abschnittes liegen und daher unten mit dem allgemeinen Verbrechenstatbestand behandelt werden. Die im übrigen von ihr gegebene Regel, daß bei Vergehen anstelle der verwirkten Freiheitsstrafe (E. 27: bis zu drei Monaten) auf Geldstrafe erkannt werden kann, wenn der Strafzweck auch durch eine solche erreicht werden kann, ist „inhaltsleer" und „nichtssagend"[1]).

Auch aus den Bestimmungen über die mildernden Umstände (§ 73 E. 25 und § 74 E. 27) läßt sich nichts besonderes für die Strafzumessung gewinnen. Denn in beiden Entwürfen sind diese, wodurch die prinzipielle Einheitlichkeit der Entwürfe erhalten wird, der Sondervorschrift nachgebildet und schließen sich inhaltlich dieser an[2]). In der Fassung des E. 25, der mildernde Umstände gegeben sein läßt, wenn die Tat hauptsächlich auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen, wird der § 67 E. 25 sogar zum Teil wiederholt. Darin, daß E. 27 die Milderung davon abhängig macht, daß die für Milderung sprechenden Umstände beträchtlich überwiegen, liegt zwar eine Abweichung von E. 25, doch entspricht diese nur der oben schon erwähnten Erweiterung des Kreises der Strafzumessungsgründe durch § 69 E. 27 gegenüber § 67 E. 25.

[1]) Gerland, E. 25, S. 91; Graf Gleispach, Aschrott-Kohlrausch, S. 192; Graf zu Dohna, JKV. Bonn, S. 27.

[2]) Graf zu Dohna, a. a. O., S. 26.

Die sich an die mildernden Umstände im System der Strafänderungsgründe anschließende Regelung der besonders leichten Fälle ist in den Entwürfen verschieden getroffen. Nach § 75 E. 25 werden diese dadurch gekennzeichnet, daß die bei mildernden Umständen mildeste zulässige Strafe noch eine unbillige Härte wäre. Worin die unbillige Härte aber zu erblicken ist, läßt sich aus dem Begriff derselben, der den Richter lediglich zur Berücksichtigung seiner Empfindungen anleitet[1]), nicht entnehmen. Für die Strafzumessung kann daher aus ihm auch keine Lehre gezogen werden. Im § 76 E. 27 ist der Begriff der besonders leichten Fälle schärfer umgrenzt. Ein solcher ist gegeben, wenn die Schuld des Täters so gering ist und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, daß kein Bedürfnis für eine Bestrafung besteht. Dadurch, daß dem Richter die Prüfung des Bedürfnisses der Bestrafung überlassen wird, wird immer noch ähnlich unlogisch[2]) wie im E. 25 als Maßstab für die Bedeutung der einzelnen Momente deren Wirkung auf die Bemessung angegeben. Aber die besondere Aufführung der Folgen neben der Schuld läßt doch erkennen, daß der E. 1927 diese nicht nur als Mittel zur Erkenntnis der Gesinnung des Täters und seiner Einstellung zu der Tat ansieht, sondern daß er der objektiven Seite wenigstens bei der Entscheidung darüber, ob überhaupt auf Strafe erkannt werden soll, nicht geringes Gewicht beimißt. Ferner kann der ausdrückliche Hinweis auf die Schuld als ein Zeichen für die grundsätzliche Stellungnahme des E. 1927 zur Strafzumessung angesehen werden.

Ein besonders schwerer Fall liegt nach dem übereinstimmenden Wortlaut beider Entwürfe (§ 76 E. 25; § 77 E. 27) vor, wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände der Begehung oder wegen der verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist. Bemerkenswert ist zunächst, daß das Maß der Strafe auch von der Stärke des verbrecherischen Willens abhängig gemacht ist. Dabei gestattet das Wort Wille die Ansicht, daß sowohl der zur konkreten Tat aufgewendete Wille als auch die Eigenart des Willens als einer dauernden Eigenschaft des Täters unter sie zu rechnen ist. Infolgedessen fragt es sich, ob hier die Willensstärke im engeren Sinne als Widerstandskraft gegenüber den Trieben und äußeren Motiven und als Energie oder ob die Gesamtheit der in ungewöhnlichem Maße vom Täter ausgegangenen Wirkungen gemeint ist. Graf Gleispach führt gerade zu § 76 E. 25 aus, daß es nur im Sinne der Vulgärpsychologie

[1]) So Graf zu Dohna, IKV. Innsbruck, S. 199.
[2]) So Graf Gleispach, Aschrott-Kohlrausch, S. 192.

richtig sei, von „ungewöhnlich starkem verbrecherischem Willen" zu sprechen. Denn durch § 76 sollten auch Leute mit starkem zum Verbrechen führenden Trieb erfaßt werden, wenn sie auch keineswegs willensstark seien[1]). Graf Gleispach dürfte insofern beizustimmen sein, als der Wille hier nicht im Sinne von Willenskraft aufgefaßt werden kann. Denn die Willenskraft kann wohl mehr oder weniger „stark" sein; auf sie paßt aber nicht das weitere Eigenschaftswort „verwerflich". Die Gesetzesstelle muß daher dahin ausgelegt werden, daß sie die Intensität der konkreten verbrecherischen Lebensäußerung des Täters meint. Diese kann zur Ermittelung ihrer „Verwerflichkeit" nach ihrem Ursprung in der Persönlichkeit oder der Umwelt erforscht und bei Anwendung des E. 27 jedenfalls auch etwa nach ihrem Ziel oder nach den von ihr überwundenen Widerständen bewertet werden. Damit ist aber die Bedeutung der Gesetzesstelle für die Strafzumessung erschöpft. Vor allem dürfte auf sie, da sie nicht die Willenskraft betrifft, keine Folgerung für die Behandlung der Willensschwäche des Täters aufgebaut werden können.

Die Bedeutung, die die beiden Entwürfe den weiter genannten verschuldeten Folgen der Tat beilegen, wird zutreffend gekennzeichnet durch eine Bemerkung, die ebenfalls Graf Gleispach gerade zu § 76 E. 25 macht und die wegen der Gleichheit des Wortlauts für § 77 E. 27 ebenso gilt[2]). Er führt aus, daß wegen der Hervorhebung der Folgen es dem Täter nach dem Entwurf zugute kommen solle, wenn trotz subjektiver Schwere der Tat die objektive Schwere — sozusagen im Versuchsstadium — aufgehalten worden sei.

Nachdem vorstehend die Vorschriften über die Strafänderung bis auf die über Rückfall und Gewohnheitsverbrecher besprochen sind, muß darauf hingewiesen werden, daß die Tatsache, daß die Strafänderungsvorschriften zum Teil im Grundgedanken der Sondervorschrift nachgebildet sind, die Auslegung der letzten erheblich beeinflußt. Denn daraus, daß bei beträchtlichem Überwiegen der Ursachen, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen, bereits der Strafrahmen für mildernde Umstände zur Anwendung gelangen soll, ergibt sich, daß der normale Strafrahmen nur die mittleren Fälle umfaßt, „in denen die Strafzumessungsgründe sich noch annähernd die Wage halten"[3]).

3. In der Bestimmung über den Rückfall (§ 77 E. 25) oder den Gewohnheitsverbrecher (§ 78 E. 27) ist die Strafschärfung davon

[1]) A. a. O., S. 203.
[2]) A. a. O., S. 198/99.
[3]) Graf Gleispach, Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. 21, 203.

abhängig gemacht, daß aus der Tat in Verbindung mit zwei früheren der Schwere und Bestrafung nach näher beschriebenen Taten hervorgeht, daß der Täter ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Bei dieser Fassung ist offensichtlich, daß die Tat nur als Erkenntnismittel für die Eigenart des Täters verwertet wird und daß gesetzlicher Tatbestand die bestimmte Art der Persönlichkeit ist. Der Rückfall qualifiziert nicht allein deshalb die Tat, weil der Täter die neue Tat trotz der in der früheren Bestrafung liegenden Warnung begangen hat[1]). Es ist auch für das Maß der Bestrafung an sich gleichgültig, ob der Täter eine oder drei Taten begangen hat, da, wie die Begründungen ausführen, auch jemand, der noch nie bestraft worden ist, ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sein kann[2]).

Welche Bedeutung der Umstand hat, daß die Rückfallschärfung von der Begehung von drei erheblichen Strafen abhängig gemacht ist, ergibt sich aus § 77 E. 25 und § 78 E. 27 nicht. Denn trotz im wesentlichen gleichen Wortlautes des Gesetzestextes in beiden Entwürfen sieht die Begründung zum E. 25[3]) den Grund der Aufstellung der Voraussetzung des zweiten Rückfalls „nur" in dem Bestreben, bei der Beurteilung der Persönlichkeit Mißgriffe zu vermeiden, während nach der Begründung zum E. 27[4]) die Voraussetzung aufgestellt worden ist, „damit zwischen der Tat und der Strafe kein allzugroßes Mißverhältnis besteht". Die verschiedene Auslegung des gleichen Wortlautes zeigt, daß die Begründungen den übrigen Inhalt und die aus ihm sich ergebende Richtung der Entwürfe mit berücksichtigt haben.

Aus dem hier allein interessierenden Wortlaut der §§ 77 E. 27 und 78 E. 27 ist jedenfalls zu entnehmen, daß beide Entwürfe in ihnen für die Bestimmung der Strafe die Gesichtspunkte der Spezialprävention und der Bekämpfung des Verbrechers entsprechend seiner Gefährlichkeit maßgebend sein lassen.

II. Der allgemeine Verbrechenstatbestand.

1. Unter den Bestimmungen des allgemeinen Verbrechenstatbestandes sollen zunächst die über Vorsatz und Fahrlässigkeit besprochen werden. Bei der Nachprüfung des Vorliegens von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist das Interesse gerichtet auf die Erfassung der Einzeltat und der individuellen Beziehung des Täters zu ihr. Aus

[1]) Diesen Punkt betont Mezger, Mod. Strafrechtsprobleme, S. 9.
[2]) E. 25, S. 55; E. 27, S. 58.
[3]) S. 55.
[4]) S. 58.

der dem jetzigen Recht entsprechenden Scheidung der Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit in den Entwürfen ergibt sich daher eine wesentliche Beachtung der Einzeltat[1]).

Im einzelnen sind für die Strafzumessung die beiden Abarten des erhöhten Vorsatzes von Interesse. An zahlreichen Stellen des besonderen Teiles verwenden die Entwürfe das Merkmal der „Absicht" und an einer Reihe von anderen Stellen sprechen sie von wissentlicher Begehung. Entsprechend den Ausführungen der Begründung zum E. 1925[2]) bestimmt § 18 E. 27 Wissentlichkeit und Absicht dahin, daß das Erfordernis der Wissentlichkeit den bedingten Vorsatz ausschließt und daß der Täter dann absichtlich handelt, wenn es ihm darauf ankommt, den im Gesetz bezeichneten Erfolg herbeizuführen.

Die Definition des Vorsatzes im § 17 E. 1927 entspricht der Lehre der Wissenschaft zum geltenden Recht. Nach Frank[3]) liegt der Grund der Bestrafung bei Vorsatz darin, daß der Täter die Tragweite seines Handelns erkennen konnte und sich trotzdem nicht von der Tat hat abhalten lassen. Daraus läßt sich ohne weiteres erkennen, weshalb das absichtliche Handeln der „schwerste Fall"[4]) ist: statt sich durch die Kenntnis der Tragweite der Tat abhalten zu lassen, hat der Täter umgekehrt durch sie sich zu der Tat bestimmen lassen. Für die Strafzumessung folgt daraus, daß höhere Strafe danach eintritt, in welchem Grade der Täter den Verlauf und die Wirkung seines Handelns gekannt hat und gegebenenfalls inwieweit diese Wirkung für ihn Ursache zum Handeln gewesen ist.

Nach § 19 E. 27 besteht die Fahrlässigkeit darin, daß der Täter die nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen von ihm zu verlangende und ihm mögliche Sorgfalt außer acht läßt und deshalb die Möglichkeit der Verwirklichung eines Deliktstatbestandes nicht voraussieht oder trotz Annahme der Möglichkeit darauf vertraut, daß sie nicht Wirklichkeit wird. Es bestimmt sich danach nach den Umständen und den persönlichen Verhältnissen des Täters, ob es ihm als Fahrlässigkeit angerechnet werden kann, daß er nicht Pflichtgefühl und Gewissenhaftigkeit bewiesen hat[5]). Bleibt der Täter aber straflos, weil von ihm etwa wegen der Unübersichtlichkeit der objektiven Situation oder wegen seiner inneren Bedrängnis die im Einzelfall zur Vermeidung des Erfolges notwendige Voraussicht

[1]) Mittermaier, Monatsschrift 17, S. 340/41.
[2]) S. 13/14.
[3]) § 59 I 1; S. 172.
[4]) Frank, ebendort.
[5]) Kadecka, Zeitschrift 48, S. 617.

nicht verlangt werden konnte, dann spricht es in Fällen, in denen Fahrlässigkeit vorliegt, gegebenenfalls zu seinen Gunsten, daß es ihm erschwert war, aufmerksam und gewissenhaft zu sein.

Die Unterscheidung zwischen bewußter und unbewußter Fahrlässigkeit ist im Gesetz nicht ausdrücklich niedergelegt. Infolgedessen besteht auch nach den Entwürfen keine Möglichkeit, den Grundsatz aufzustellen, daß die unbewußte Fahrlässigkeit als die prinzipiell leichtere Art der Fahrlässigkeit anzusehen ist. Die Bedeutung der Unterscheidung für die Strafzumessung, die die Begründung zum E. 1925 ausdrücklich hervorhebt[1]), kann daher höchstens im Einzelfall festgestellt werden.

Der Erwähnung bedarf auch die die Bewertung der objektiven Momente in den Entwürfen kennzeichnende Tatsache, daß nach E. 25 und nach E. 27 die mangelhafte Aufwendung von Sorgfalt im einzelnen Fall nur dann bestraft wird, wenn auch ein objektiver deliktischer Erfolg eingetreten ist[2]).

Im Anschluß an die Schuldbegriffe muß die in beiden Entwürfen übereinstimmende Vorschrift erwähnt werden, daß bei den sogenannten Erfolgsdelikten der schwerere Erfolg dem Täter nur dann zugerechnet werden kann, wenn er ihn wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat. (§§ 15 E. 25; 21 E. 27). Sie bestätigt den nach der Fassung der Strafzumessungsvorschrift des E. 27 selbstverständlichen Grundsatz, daß nur solche objektiven Umstände, die die Tat als schwerer erscheinen lassen, etwa neben § 69 E. 27 berücksichtigt werden dürfen, die vom Täter wenigstens fahrlässig herbeigeführt sind.

2. Einen wesentlichen Beitrag zur Beantwortung der Frage, inwieweit die Entwürfe objektiven Momenten für die Bestrafung Bedeutung beimessen, gibt ihre Regelung des Versuchs und der Teilnahme.

Bei der Abgrenzung des Versuchstatbestandes haben sich beide Entwürfe für die subjektive Theorie entschieden. Nur bei der Regelung des sogenannten untauglichen Versuchs weichen sie in der Durchführung derselben im einzelnen von einander ab. Ein wesentlicher Unterschied liegt aber in der Regelung der Bestrafung. Im E. 25 ist im § 23, Abs. 2 die mildere Bestrafung nur zugelassen. Dagegen ist durch § 26, Abs. 2 E. 27 die Strafmilderung zwingend vorgeschrieben und für den untauglichen Versuch Milderung nach freiem Ermessen und Absehen von Strafe zugelassen. Danach stehen zunächst beide Entwürfe, wie sich aus der Annahme der subjektiven

[1]) S. 14.
[2]) Mittermaier, Monatsschrift 17, S. 342.

Theorie ergibt, auf dem Standpunkt, daß die subjektive Einstellung und Gesinnung des Täters auch ohne objektive Gefährdung die Bestrafung begründet. Daraus ist grundsätzlich zu entnehmen, daß auch rein subjektive Momente die Erhöhung der Strafe veranlassen können.

Das Maß dieser Erhöhung muß aber nach den Entwürfen verschieden sein. Da der Entwurf 1925 das entscheidende Gewicht auf die Gesinnung und den bösen Willen des Täters legt, ist mit der Begründung anzunehmen, daß für die Frage, ob von der Möglichkeit der Strafmilderung wegen Versuchs Gebrauch zu machen ist, maßgebend ist, ob die verbrecherische Gesinnung geringer und das Ausbleiben des Erfolgs gerade auf die Schwäche der aufgewendeten Tatenenergie zurückzuführen ist. Dagegen kann aus dem E. 1927 diese die objektive Seite fast ausschließende Bevorzugung der subjektiven Seite nicht entnommen werden. Denn hier kommt es dem Täter ohne Rücksicht auf seine Absicht und Gesinnung in jedem Falle zustatten, wenn die Tat hinter seinen Wünschen zurückbleibt. Die objektive Seite hat also hier selbständige strafmildernde Bedeutung.

Für die Strafzumessung ist weiter wesentlich der schon im § 46 St.G.B. niedergelegte und in beiden Entwürfen nahezu gleich gefaßte Gedanke des Rücktritts vom Versuch (§ 24 E. 25 und § 27 E. 27). Nach der subjektiven Theorie muß er aufgefaßt werden als Prämierung und Begünstigung der Sinnesänderung. Doch hängt auch in diesem Falle die Bestrafung von allerdings verschuldeten aber gegebenenfalls auch auf Zufall zurückzuführenden objektiven Umständen ab. Denn der Täter muß für die von ihm veranlaßte Tat einstehen, wenn es ihm trotz Bemühen nicht gelingt, die Vollendung zu hindern.

Aus der Teilnahmeregelung (§ 25 ff. E. 25; § 28 ff. E. 27) muß zunächst wegen der Beziehungen zur Versuchslehre die Tatsache hervorgehoben werden, daß Bestrafung wegen Anstiftung nur dann eintreten kann, wenn die Anstiftungshandlung auch Erfolg gehabt hat. Nach dem E. 1925 und dem E. 1927 ist grundsätzlich zur Bestrafung der Anstiftung die Ausführung der Tat erforderlich. Da auch hier die Bestrafung vom Erfolge abhängt, würde es in der Richtung der Entwürfe liegen, das Maß der Strafe des Anstifters davon abhängig zu machen, ob die Anstiftung zu einem mehr oder weniger schweren vom Anstifter gewünschten Handeln des Haupttäters geführt hat.

In der Bestimmung der Strafe für den Gehilfen gehen die Entwürfe insofern verschiedene Wege, als E. 1925 die Anwendung des

milderen Strafrahmens des § 72 zuläßt, E. 1927 dagegen die Strafänderung zwingend anordnet. Die Begründung zum E. 1927 bemerkt dazu, die Anwendung des § 73 sei vorgeschrieben worden, weil der entfernteren Mitwirkung bei der Tat regelmäßig auch ein geringeres Verschulden entsprechen werde[1]). Diese Erklärung ist zweifellos richtig. Es kann gleichwohl aus der Verschiedenheit der Regelung geschlossen werden, daß E. 1927 das äußere Geschehen in stärkerem Maße berücksichtigen lassen will als E. 1925.

3. Beim Irrtum ergibt sich auch nach den Entwürfen die Entscheidung einer erheblichen Zahl von Fällen aus den Begriffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit[2]). (§ 13 E. 1925; § 20 E. 1927). Andere als die oben bei Vorsatz und Fahrlässigkeit angegebenen Gesichtspunkte lassen sich daher aus der Regelung des Tatsachenirrtums für die Strafzumessung nicht ermitteln. Dagegen ist für die Strafbemessung verwertbar die Tatsache, daß beide Entwürfe dem Rechtsirrtum Bedeutung beimessen. Hier ist nicht zu erörtern, ob der Irrtum in den Entwürfen richtig abgegrenzt ist. Wesentlich ist, daß in beiden Entwürfen der Gedanke Anerkennung gefunden hat, daß der Täter überhaupt nicht oder nur geringer zu bestrafen ist, wenn das Bewußtsein der Verbotenheit der Tat keinen Einfluß auf ihn gehabt hat.

E. 1925 unterscheidet, ob der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht, E. 1927, ob er entschuldbar ist oder nicht. Der Grundgedanke ist derselbe. Hier wird der Grad daraus entnommen, inwieweit der Täter die Möglichkeit und die Pflicht hatte, sich über die zu beachtende Norm klar zu werden. Auch kommen für die Einstellung des Täters die verschiedenen Formen des Vorsatzes in Betracht: so ist abzuwägen ob der Täter im Eventualdolus oder in Kenntnis der Norm gehandelt hat.

4. Die Notstandregelung der Entwürfe leitet zur Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles an. § 22 E. 1925 gibt Straffreiheit dem, der zur Abwendung eines gegenwärtigen nicht anders abwendbaren Schadens gehandelt hat, dessen Duldung ihm nach den Umständen nicht zuzumuten war. Darin ist wie schon im geltenden Recht anerkannt, daß es bewegende Umstände von solchem Gewicht gibt, daß sie eine Bestrafung ausschließen. Die Beziehung dieser Regelung zu dem in der Sondervorschrift niedergelegten Grundsatz, daß es dem Täter zugute zu halten ist, wenn ihn in seinen Verhältnissen oder in den Umständen liegende Ursachen zur Tat angetrieben haben, ist offensichtlich. Nach welchen Gesichtspunkten

[1]) S. 29.
[2]) Vgl. dazu: Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 17.

das Gewicht der einzelnen den Täter bedrängenden Notumstände bemessen werden soll, sagt § 22 E. 1925 nur durch den Hinweis durch die Zumutbarkeit. Diese läßt sich aber nur auf Grund allgemeiner sozial-ethischer Erwägungen beurteilen[1]).

Die Regelung des § 25 E. 1927 entspricht, obwohl der Notstand hier teilweise als Rechtfertigungsgrund gefaßt ist, ebenfalls dem Gedanken, daß der Übermacht der drängenden Beweggründe Rechnung zu tragen ist. Zu bemerken ist, daß gemäß § 25 E. 1927 die Zumutbarkeit bei pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüber stehenden Interessen gegeben sein muß. Der E. 1927 legt danach größeres Gewicht auf die Feststellung und Abwägung der objektiven Güter und leitet damit den Richter an, seine Beurteilung der Wirksamkeit der Umstände an einzelne Tatsachen anzuschließen, allerdings ebenfalls ohne die Normen für die Beurteilung zu geben. Ferner führt der im § 25 E. 1927 enthaltene Hinweis auf die Pflichtgemäßheit dazu, zu beachten, inwieweit dem Täter die Abwägung der einzelnen gegenüber stehenden Interessen in seiner konkreten inneren und äußeren Verfassung möglich war.

Dem entspricht es, daß beide Entwürfe, allerdings unter verschiedener Ausgestaltung im einzelnen, dem Täter bei fahrlässiger irrtümlicher Annahme eines Notstandstatbestandes Strafmilderung gewähren. (§ 22 II E. 25; §§ 25, 19 E. 27). Diese Regelung legt es nahe, nicht nur bei Notstand sondern regelmäßig dann, wenn der Täter irrtümlich Umstände annahm, die ihn zur Tat drängen mußten, die Strafe auch der Bedeutung dieser Umstände und der Entschuldbarkeit dieses Irrtums anzupassen.

Endlich läßt sich aus der Bestimmung über den Notwehrexzeß entnehmen, daß dem Täter Aufregung und Bestürzung, überhaupt innere Erschütterung, die ohne sein Zutun entstanden ist, zugute gehalten werden sollen.

5. Wie den Notstandsbestimmungen in der Strafzumessungsvorschrift die grundsätzliche Berücksichtigung der zur Tat führenden Ursachen entspricht, so gehören die Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit (§§ 16, 17 E. 25; §§ 12, 13 E. 27) zusammen mit der Berücksichtigung des Maßes der Einsicht und des Einflusses von Störungen. Die Abgrenzung der Zurechnungsfähigkeit berücksichtigt wie § 67 E. 25 und § 69 E. 27 Einsicht und Willen, so daß sich daraus kein neuer Gesichtspunkt für die Strafzumessung gewinnen läßt. Dagegen ist das von den

[1]) Graf zu Dohna, Stammler-Festgabe, S. 263.

Entwürfen beibehaltene Merkmal der Krankhaftigkeit der Störung der Geistestätigkeit für die Beurteilung der Strafbarkeit nicht ohne Bedeutung. So scheidet Frank[1]) auf Grund seiner Auffassung der Krankhaftigkeit als organisch bedingter Abnormität die auf bloßer Gewohnheit oder auf mangelhafter Erziehung, Vernachlässigung oder Verwilderung beruhende Abweichung vom normalen Denken und Fühlen aus der Zurechnungsunfähigkeit aus. Allerdings dürfte bei der vielfach schwierigen Entscheidung, ob ein krankhafter Zustand oder „eine bloße sittliche Verirrung eines gesunden Menschen" vorliegt, auch der Krankheitsbegriff wegen der ihm selbst bei der Frankschen Fassung immer noch anhaftenden Unklarheit dem weiten subjektiven Ermessen keine orientierenden Richtlinien bieten[2]).

Bemerkenswert ist weiter, daß die an das Vorliegen verminderter Zurechnungsfähigkeit geknüpfte Rechtsfolge in den Entwürfen verschieden ist: in E. 25 § 17 ist die Milderung zwingend vorgeschrieben, in § 13 Abs. 2 E. 27 ist sie nur zugelassen. Danach führt verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht notwendig zur Herabsetzung der Strafe. Nach der sicher richtigen Angabe der Begründung[3]) ist die Verpflichtung zur Strafmilderung nicht beibehalten worden, damit gegebenenfalls „gerade mit Rücksicht auf die abgeschwächte seelische Widerstandsfähigkeit des Täters ein nachhaltiger Eindruck" durch eine längere Strafe erzielt werden könne. Dabei erkennt die Begründung an, daß in diesen Fällen die Schuld geringer sei. Sie verweist darauf, daß der Minderung der Schuld bei der besonderen Behandlung der vermindert Zurechnungsfähigen im Strafvollzuge Rechnung getragen werden könne. Daraus ist zu ersehen, daß der Entwurf 27 zwei verschiedenen Gesichtspunkten bei der Bestimmung der Strafe für vermindert Zurechnungsfähige Bedeutung beimißt. Einerseits wird durch die Zulassung der Strafmilderung deutlich, daß der Entwurf die Verantwortlichkeit der vermindert Zurechnungsfähigen geringer einschätzt, und daß dieser Umstand auch bei der Strafbemessung ins Gewicht fallen soll. Auf der anderen Seite wird aber die Möglichkeit zugelassen, trotz geringerer Verantwortlichkeit die Strafe nach der Zweckmäßigkeit des Umfangs der Einwirkung auf den Täter festzusetzen. Es wird hier das Maß der Reaktion nicht nach der Tat und der Tatschuld, sondern nach der psychischen Beschaffenheit des Täters bestimmt.

Besonderes Interesse verlangt noch die verschiedene Stellungnahme der Entwürfe zu dem Fall der Bewußtseinsstörung, die auf

[1]) Frank, § 51, II 2, S. 143.
[2]) Wilmans, Verminderte Zurechnungsfähigkeit, S. 48/51.
[3]) E. 27, S. 15.

selbst verschuldete Trunkenheit zurückzuführen ist. E. 25 bestimmt ausdrücklich am Schluß des § 17, daß diese Milderung dem Täter nicht zustatten kommt, wenn er die Trunkenheit selbst verschuldet hat. Es könnte daraus entnommen werden, daß auch in anderen Fällen nach den Gründen der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit und dem Verschulden des Täters an diesem Zustande gefragt werden soll. Da aber in dieser Bestimmung der Grundsatz der Schuldhaftung durchbrochen ist, dürfte eine Ausdehnung des Gedankens der Ausnahmebestimmung auf andere Fälle als Trunkenheit nicht in Frage kommen. Im E. 27 ist die Ausnahmevorschrift für die Trunkenheit gestrichen.

III. Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung.

Nachdem vorstehend die allgemeinen Bestimmungen über die strafbare Handlung einschließlich derjenigen über Versuch und Teilnahme besprochen worden sind, soll im folgenden Abschnitt auf die Strafen der Entwürfe, ihr Verhältnis zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung, den bedingten Straferlaß, die Besonderheit der Strafverhängung bei Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen und die Verjährung eingegangen werden.

1. Was zunächst die einzelnen Strafen angeht, so enthalten sich die Entwürfe der genauen Umschreibung der Art der Vollstreckung, überlassen die Regelung derselben vielmehr dem Strafvollzugsgesetz. Sie leiten deshalb auch nicht den Richter an, die einzelnen Strafen als Behandlungsarten und als Mittel zur Erreichung von im einzelnen voneinander verschiedenen Zwecken zu verwenden. Nur aus der Beibehaltung der Todesstrafe in beiden Entwürfen (§ 29 E. 25; § 33 E. 27) läßt sich entnehmen, daß die Entwürfe nicht lediglich den Besserungszweck verfolgen. Und es kann aus der Aufrechterhaltung der Scheidung von Zuchthaus und Gefängnis und daraus, daß nach § 49 E. 27 gewisse Ehrenfolgen mit der Verhängung der Zuchthausstrafe zwangsläufig verbunden sind, vielleicht gefolgert werden, daß auch der Gesichtspunkt von den Entwürfen beachtet ist, daß die Verhängung der Strafe auch ein Werturteil über Tat und Täter zum Ausdruck bringen kann.[1]).

2. Bei der Besprechung des bedingten Straferlasses ist zunächst zu erwähnen, daß beide Entwürfe die unbestimmte Verurteilung ablehnen. Das spricht jedenfalls dafür, daß die Entwürfe „an der Anschauung festhalten, daß die Größe der Strafe durch die

[1]) Vgl. die Verhandlungen IKV. Karlsruhe: Kohlrausch, S. 21; Radbruch, S. 94; Graf zu Dohna, S. 178.

Tat und den Charakter des Täters zur Zeit der Tat bestimmt wird"[1]), und daß sie auf den Eindruck nicht verzichten wollen, den der richterliche Ausspruch über die Folgen des Rechtsbruchs auf den Täter und die Allgemeinheit macht[2]). Der bedingte Straferlaß ist nach den Entwürfen kein Gnadenerweis, seine Gewährung ist vielmehr ein Akt der Rechtsprechung und gehört zur Strafbemessung. Infolgedessen können auch die Bestimmungen über den bedingten Straferlaß als Erkenntnismittel für die von den Entwürfen verfolgten Strafzwecke angesehen werden. Der bedingte Straferlaß hat den Zweck, den Verurteilten durch die ihm gegebene Hoffnung auf den endgültigen Erlaß der Strafe von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten (§ 37 E. 25) und zu einem gesetzmäßigen und geordneten Verhalten zu führen (§ 41 E. 27). Beide Begründungen verweisen darauf, daß in diesen Worten des Gesetzestextes der Begriff der strafrechtlichen Besserung umschrieben sei, die das Ziel der Anwendung des Strafgesetzes in bezug auf den Täter sei.

Dazu führen beide Begründungen aus, daß mit Rücksicht auf das Wesen des bedingten Straferlasses als eines Teiles der Strafbemessung auch die anderen Strafzwecke zu berücksichtigen seien, und betonen, daß bedingter Straferlaß nur dann gewährt werden könne, wenn die Gründe für seine Anwendung so einleuchtend seien, daß der generalpräventiven Wirkung der Strafandrohung kein Eintrag geschehe.[3]) Darüber hinaus hat E. 27 aber auch die Voraussetzungen der Bewilligung noch durch die ausdrückliche Erklärung im Gesetzestext ausgedehnt, daß die Strafe nur dann bedingt erlassen werden solle, wenn nicht das öffentliche Interesse oder die Rücksicht auf den Verletzten die alsbaldige Vollstreckung der Strafe erfordere. Damit ist im E. 27 auch ausdrücklich ausgesprochen, daß die Strafe nicht nur den Täter beeinflussen, sondern auch auf die Gesamtheit einwirken und dem Verletzten die Genugtuung verschaffen soll, daß auf das ihm geschehene Unrecht eine staatliche Reaktion erfolgt ist.

3. Konnte bei der vorstehenden Erörterung der Regelung des bedingten Straferlasses in den Entwürfen davon ausgegangen werden, daß der bedingte Straferlaß als zur Strafbemessung gehörig seinem Zwecke nach auch der Richtung der Strafe in den Entwürfen überhaupt entspreche, so können aus den Vorschriften über die Maßregeln der Besserung und Sicherung Schlüsse auf

[1]) Begr. 25, S. 49; 27, S. 52.
[2]) Begr. 25, S. 33; 27, S. 35.
[3]) E. 25, S. 34; E. 27, S. 36.

Wesen und Zweck der Strafe nur unter Beachtung des Unterschiedes zwischen Maßregel und Strafe gezogen werden. Die Tatsache, daß die Entwürfe zur Erzielung der Besserung und vor allem der Sicherung noch besondere Maßnahmen ausgebildet haben, beweist, daß sie der Strafe jedenfalls nicht nur diese, sondern auch noch eine besondere Aufgabe stellen. Diese Aufgabe kann nach der geschichtlichen Entwicklung nur sein, den Täter durch Zufügung eines Übels abzuschrecken, die Tat als verwerflich zu kennzeichnen und die Scheu vor dem Verbrechen auch bei allen anderen der Strafgewalt unterworfenen Personen zu wecken und zu nähren.[1])

Die Scheidung der Maßnahmen von der Strafe ist allerdings im E. 1925 dadurch abgeschwächt, daß E. 25 in § 48 mit Rücksicht auf die Zwecklosigkeit der Vollziehung der Strafe neben dauernder Verwahrung den Ersatz der Strafe durch die Sicherungsverwahrung zuläßt. Infolgedessen tritt der Gesichtspunkt der Reaktion auf die in der Vergangenheit liegende schuldhafte Einzeltat erheblich zurück,[2]) wenn er auch nicht ganz aufgegeben wird, da im Urteil getrennt auf Strafe und Sicherungsverwahrung erkannt wird und da auch die Sicherungsmaßnahme ein erhebliches Stück Übelszufügung enthält.

E. 27 hat die Durchführung des Vikariierungsprinzips nicht übernommen und damit die Trennung von Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung noch deutlicher gemacht.

Aus der Ausgestaltung der Maßregeln im einzelnen können wegen des schon hervorgehobenen grundsätzlichen Unterschiedes von der Strafe keine Schlüsse gezogen werden.

4. Die Regelung des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen zeigt ebenfalls die Bewertung von Tat und Täter in den Entwürfen. Zwar kann die Gleichbehandlung von Ideal- und Realkonkurrenz nicht unbedingt als Indiz dafür angesehen werden, daß die Voraussetzungen für die Bemessung der Strafe einseitig auf der Täterseite zu suchen sind[3]). E. 25 bestimmt jedoch in § 64 Abs. 3, daß auf Einschließung erkannt werden kann, wenn die Voraussetzungen dafür auch nur bei einer der Taten vorliegen. E. 27 hat diese Vorschrift in § 66 Abs. 3 übernommen und dabei nur die ausschließliche Verhängung von Einschließung noch davon abhängig gemacht, daß die anderen Gesetzesverletzungen neben der mit Einschließung zu bestrafenden Tat nicht ins Gewicht fallen.

[1]) Begr. 25, S. 37; 27, S. 33.
[2]) Grünhut, Aschaffenburgfestgabe, S. 87; Mittermaier, Monatsschrift 17, S. 340.
[3]) Anderer Ansicht: Richard Schmidt, Grundriß Anhang, S. 19, A. 2.

Danach kann also mit Rücksicht auf im Täter liegende Momente auf die Beachtung wesentlicher Merkmale der Einzeltat verzichtet werden. Kohlrausch hat deshalb nicht ganz Unrecht, wenn er in bezug auf diese Bestimmung sagt, daß sich hier für die Realkonkurrenz der Gedanke der Täterbewertung überschlage.[1])

5. Für die Strafzumessung ist endlich der dem Institut der Verjährung zugrunde liegende Gedanke zu verwerten. Auch nach den Entwürfen (§§ 78 ff. E. 25; 79 ff. E. 27) beruht die Verjährung darauf, daß mit dem Ablauf der Zeit das Interesse an einer staatlichen Reaktion auf die Tat bis zum völligen Erlöschen sich allmählich verringert.[2]) Da aber der Rückgang des Strafbedürfnisses sich allmählich vollzieht, kommt in Betracht, daß in Fällen, in denen die Verjährung zwar noch nicht eingetreten ist, in denen die Zeit aber schon ihren tilgenden Einfluß ausgeübt hat, die Strafe gemindert wird,[3]) wie das auch in Artikel 50 Schweizer V. E. und § 44 Österr. V. E. besonders vorgesehen ist.

IV. Der besondere Teil der Entwürfe.

Im folgenden soll nun der besondere Teil der Entwürfe einer Betrachtung unterzogen werden. Bedeutungsvoll ist zunächst schon die einfache Tatsache, daß die Entwürfe nicht nur den besonderen Teil beibehalten, sondern in ihm auch die Scheidung der mehr oder weniger strafbaren Handlungen unter dem Gesichtspunkt ihres objektiven Unrechtsgehaltes mit bestimmten Strafrahmen durchführen. Denn aus ihr ergibt sich, daß auch nach den Entwürfen die zum Urteil führende Überlegung von der Einzeltat auszugehen hat und daß die Merkmale der Einzeltat auch den Umfang der Bestrafung entscheidend beeinflussen.

Insbesondere die Betrachtung dieser einzelnen Merkmale in den Tatbeständen des besonderen Teils macht mit einer Reihe von Umständen bekannt, die zu einer schwereren oder milderen Beurteilung Anlaß geben und die insbesondere als Quantitätsmomente geeignet sind, die Erwägungen über die Zumessung der Strafe zu beeinflussen.

So ist, um mit den objektiven Umständen zu beginnen, nach den Entwürfen die Art und der Wert der Sache, auf die sich das Delikt bezieht, von wesentlicher Bedeutung. Der „hohe" oder „geringe" Wert hat zwar nur beim Schweren Diebstahl (§ 297 Z. 3

[1]) Aschrott-Kohlrausch, S. 9.
[2]) Frank, § 66 II; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 510; Graf zu Dohna, Stammler-Festgabe, S. 267.
[3]) V. E., Begr. I, S. 400. Dagegen Sauer, Grundlagen, S. 650, Anm. 1.

E. 25; nicht auch § 329 Z. 4 E. 27) und bei der Entwendung (§ 303 E. 25; § 336 E. 27) zu einem besonderen Tatbestand geführt, es versteht sich aber von selbst, daß er bei allen Delikten Beachtung finden kann. Der Wert einer Sache steigt dann, wenn sie künstlerische oder wissenschaftliche Bedeutung hat (§ 297 Z. 5 E. 25; § 329 Z. 4 E. 27), des weiteren dann, wenn sie notwendiges Glied einer größeren und komplizierten Sache, Maschinenbestandteil (§ 297 Z. 7 E. 25; § 329 Z. 6 E. 27) oder Teil eines Gebäudes (§ 297 Z. 8 E. 25; nicht E. 27) ist.

Besondere Strafe muß eintreten, wenn das Deliktobjekt unter besonderen Schutz gestellt ist oder auch besonderen Schutzes bedarf. Dieser Gesichtspunkt hat, soweit es sich um Natur- und Kulturdenkmäler handelt, bei der Sachbeschädigung zu dem besonderen Deliktstatbestand der Gemeingefährlichen Sachbeschädigung (§ 295 Z. 3 E. 25; § 329 Z. 4 E. 27) geführt und ist geeignet, auch bei anderen Delikten, die sich gegen ein ähnlich geschätztes oder schutzbedürftiges Objekt richten, zur Straferhöhung zu führen. Dasselbe gilt von den Res sacrae (§ 295 Z. 1 u. 2 E. 25; § 327 Z. 1 u. 2 E. 27). Unter besonderem Schutz steht und ist darum geeignet, zu Straferhöhung zu führen, überhaupt alles, „was zum öffentlichen Nutzen dient". (§ 295 Z. 5 und § 297 Z. 9 E. 25; § 327 Z. 5 und § 329 Z. 7 E. 27).

In diesem Zusammenhange verdienen Erwähnung die in beiden Entwürfen eingehend geregelten „gemeingefährlichen Handlungen" (§§ 220 ff. E. 25; §§ 225 ff. E. 27), weil bei Aufstellung ihrer Tatbestände und der Abmessung ihres Strafrahmens besonders das Interesse an der Abwendung des objektiv schweren Schadens maßgebend war. Sie leiten dazu an, bei jeder Handlung nicht nur ihren wirklich eingetretenen Erfolg, sondern auch die in ihr liegende sozial schädliche Tendenz, ihre Gefährlichkeit, zu beachten.

Zu einer Straferhöhung führt weiter die Verletzung von solchen Objekten, die besonders leicht angreifbar sind und besonderen Schutzes bedürfen. Die Entwürfe lehren, daß für Sachen und Menschen. Maschinenbestandteile und unersetzliche historische Denkmäler können erneut genannt werden. Der Diebstahl oder die Verletzung einer in einem öffentlichen Gebäude oder einer allgemein zugänglichen Sammlung befindlichen Sache wird als schwerer Diebstahl (§ 297 Z. 5 E. 25; § 329 Z. 4 E. 27) oder gemeinschädliche Sachbeschädigung (§ 295 Z. 4 E. 25; § 327 Z. 3 E. 27) geahndet.

Daß Verletzung schutzbedürftiger Menschen zur Straferhöhung führt, lehren die Behandlung des Diebstahls unter Ausnutzung einer Feuersbrunst oder eines anderen Unfalls (§ 297 Z. 4 E. 25; § 329 Z. 3 E. 27), die besondere Bestimmung über die Körperverletzung an Kindern, Jugendlichen und Wehrlosen (§ 240 E. 25; § 265 E. 27), die Vorschriften über Wucher (§ 307 E. 25; § 340 E. 27) und endlich auch einzelne Unzuchtdelikte (z. B. §§ 256, 265 E. 25; §§ 284, 292 E. 27).

Was die Person des Verletzten angeht, so ist in beiden Entwürfen wie auch schon im geltenden Recht in keiner Beziehung ein Unterschied zwischen den dem Täter als Fremde gegenüberstehenden Privatpersonen gemacht.[1]) Dagegen sind der Reichspräsident und die Minister wegen ihrer öffentlichen Stellung bei der Beleidigung besonders geschützt. (§ 100 E. 25; § 101 E. 27). Es ist danach angängig, auch sonst bei der Straffeststellung für die Beleidigung in Rücksicht zu ziehen, ob der Beleidigte eine im öffentlichen Leben stehende Person ist und inwieweit die Beleidigung sich auf Dinge bezieht, die öffentliches Interesse haben.

Anders ist es, wenn nicht Fremde sondern Angehörige und andere dem Täter im Privatleben nahestehende Personen (Vormund, Pfleger, Erzieher) von dem Delikt betroffen sind. Für die Fälle des Haus- und Familiendiebstahls (§ 302 E. 25; § 335 E. 27) des Betruges oder der Untreue gegen Angehörige (§ 315 E. 25; § 349 E. 27) und der Entwendung (§ 303 E. 25; § 336 E. 27) sind besondere Milderungstatbestände geschaffen. Danach wäre eine entsprechende Strafminderung bei anderen Delikten z. B. bei Sachbeschädigung möglich. Auch könnte auf die Nähe des Verhältnis zwischen Täter und Verletztem Rücksicht genommen werden.

Von wesentlichem Einfluß auf die Bestrafung ist überhaupt, ob das Verhältnis des Täters zum Verletzten durch eine besondere Pflicht des Täters gekennzeichnet ist. Dabei kann es sich um die Verletzung einer überkommenen oder auch einer gesetzlichen Pflicht handeln, wie sie z. B. die Eltern gegenüber den Kindern trifft. Es kommt aber gleichfalls eine dem Verletzten gegenüber besonders übernommene Pflicht in Betracht. Das tritt zutage bei dem Tatbestand der Körperverletzung an Fürsorgebefohlenen (§ 240 E. 25; § 265 E. 27) und weiter bei dem Tatbestand der Veruntreuung (§ 300 E. 25; nicht E. 27). Da die Veruntreuung nicht als besonderes Delikt in den E. 27 aufgenommen worden ist, verweist die Begründung ausdrücklich darauf, daß das in der Veruntreuung liegende

[1]) M. E. Mayer, Allg. Teil, S. 495.

erschwerende Moment bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei.[1])

Die Hauptfälle der Beachtung der besonderen Verpflichtung des Täters sind die Beamtendelikte. (§§ 121 ff. 148 Abs. 3 E. 25; §§ 123 ff., 156 Abs. 3 E. 27).

Außerdem sind auch die Einstellung des Täters zu der Tat und die bei derselben bewiesene Gesinnung Merkmale zahlreicher Tatbestände des besonderen Teils. So führt der Umstand, daß die schwere Körperverletzungsfolge vom Täter beabsichtigt war, zur Verhängung der Strafe innerhalb eines besonderen Strafrahmens. (§ 236 E. 25; § 262 E. 27). Die Grausamkeit und Absicht zu quälen sind Voraussetzungen des besonderen Tatbestandes der Körperverletzung an Kindern (§ 240 E. 25; § 265 E. 27). Daß der Täter böswillig handelt, gehört zum Tatbestand der Verletzung der Unterhaltungspflicht (§§ 282 E. 25; 314 E. 27), daß er mit Überlegung handelt, zum Mordtatbestand (§ 245 E. 27; nicht § 221 E. 25). Im E. 1927 § 311 ist im Gegensatz zum E. 25 § 279 die Bestrafung wegen Ehebetrugs davon abhängig gemacht, daß der Täter arglistig handelt.

In einer Reihe von Fällen ist Gewinnsucht als strafschärfend behandelt, so bei Übler Nachrede (§ 285 Abs. 3 E. 25; § 317 Abs. 3 E. 27) und Verleitung Minderjähriger zum Schuldenmachen (§ 309 E. 25; § 342 E. 27). Eigennutz und Gewohnheitsmäßigkeit sind bei Zuhälterei zum Tatbestandsmerkmal gemacht (§ 277 E. 25; § 309 E. 27).

Die Gewerbmäßigkeit der Begehung ist bei zahlreichen Delikten Voraussetzung der Anwendung eines schärferen Strafrahmens. (So §§ 140, 195, 228, 299, 307, 310, 317 E. 25 und entsprechend §§ 216, 253, 331, 340, 344, 351 E. 27).

Als entlastende Beweggründe sind genannt in beiden Entwürfen: Die Not bei der Entwendung (§ 303 E. 25; § 336 E. 27) und dem Notbetrug (§ 312 E. 25; § 346 E. 27), die seelische Verfassung der Kindsmörderin in und gleich nach der Geburt (§ 225 E. 25; § 252 E. 27) und die gerechtfertigte Entrüstung über das unmittelbar vorausgehende Benehmen des Gegners bei der Beleidigung (§ 288 E. 25; § 320 E. 27).

Endlich ist bei manchen Deliktarten für die Tätige Reue ein besonderer Strafrahmen aufgestellt, so bei den Gemeingefährlichen Handlungen (§ 213 E. 25; § 237 E. 27) und bei Meineid (§ 179 E. 25; § 190 E. 27).

[1]) Begr. 27, S. 170.

Systematischer Teil.

A. Das Verhältnis der Strafzumessungsgründe und der Umstände, die über die Wahl des anzuwendenden Strafrahmens entscheiden.

I. Inhaltliche Gegenüberstellung.

1. Inhaltliche Beziehungen.

Schon bei der im Erläuternden Teil vorgenommenen Erörterung der Sondervorschriften und der übrigen Bestimmungen der Entwürfe sind Beziehungen zwischen den Strafzumessungsgründen der Sondervorschrift und den Umständen, die über den Strafrahmen entscheiden, mehrfach hervorgetreten.

Da der Einleitungssatz die Strafzumessungsgründe auf gewisse subjektive Momente beschränkt (E. 25) oder diese subjektiven Momente als besonders wesentlich hervorhebt (E. 27), liegen diese inhaltlichen Beziehungen vor allem auf der sogenannten subjektiven Seite. Bei Vorsatz, Absicht, Wissentlichkeit und Fahrlässigkeit entscheidet die Kenntnis des Täters von der Tragweite seines Handelns über die anzuwendende Bestimmung, die den Strafrahmen angibt. Damit kann in Zusammenhang gebracht werden, daß auch die in § 67 E. 25 und § 69 E. 27 vorgeschriebene Berücksichtigung der Bedeutung der Gesinnung des Täters für das Zustandekommen der Tat die Aufhellung der gesamten subjektiven Beziehungen des Täters zu seinem Handeln notwendig macht.

Besonders deutlich ist die inhaltliche Übereinstimmung bei den Umständen, die das Maß der Schuld des Täters herabsetzen, weil sie die Freiheit seines Handelns einengen,[1]) bei Notstand und Zurechnungsunfähigkeit. Es ist oben schon darauf hingewiesen worden, daß der Nichtbestrafung bei Zurechnungsunfähigkeit und der Milderbestrafung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit die Strafminderung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens entspricht, wenn das Maß der Einsicht des Täters herabgesetzt ist oder wenn krankhafte oder ähnliche Störungen seinen Willen beeinflussen. Weiter gehört hierhin die Rücksichtnahme auf die innere Situation des Täters, die bei Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Notwehrexzeß und bei fahrlässiger Annahme einer Notstandsgefahr erfolgt. Endlich ist zu nennen die Beachtung der äußeren Situation

[1]) Frank, Vorbem. § 51 II 2.

des Täters durch die Notstandsregelung und innerhalb des Strafrahmens durch die Verweisung auf die Beweggründe, die auf den Täter einwirken.

Da bei der Anwendung des E. 1927 auch eine selbständige Verwertung besonders der verschuldeten Folgen der Tat stattfinden kann, bestehen im Entwurf 1927 auch auf der objektiven Seite inhaltliche Beziehungen zwischen den über das Strafmaß und den über das Schuldurteil entscheidenden Umständen, die im einzelnen nicht aufgezählt zu werden brauchen.

2. Inhaltliche Unterschiede.

Neben diesen inhaltlichen Beziehungen bestehen aber auch wesentliche Verschiedenheiten zwischen den Strafzumessungsgründen und den über Schuldspruch und Strafrahmen entscheidenden Umständen.

Beim E. 1925 ergeben sich die Unterschiede zu einem wesentlichen Teile daraus, daß die sogenannte objektive Seite bei der Strafzumessung selbständig überhaupt nicht und daß objektive Momente höchstens als Erkenntnismittel für die alleinmaßgebenden subjektiven Momente in Betracht gezogen werden dürfen. Dagegen wird bei der Frage, wegen welcher Delikts verurteilt werden soll und welcher Strafrahmen zur Anwendung zu gelangen hat, von dem objektiven deliktischen Erfolg der Einzeltat ausgegangen. Die einzelnen Delikte sind ihrer Strafwürdigkeit nach entsprechend der objektiven Unrechtsbedeutung des Erfolges abgestuft. Außer bei Versuch ist die Bestrafung überhaupt von dem Eintritt eines Erfolgs abhängig gemacht. Die subjektiven Momente sind zum Teil der objektiven Seite untergeordnet. Das zeigt sich besonders bei den Erfolgsdelikten, wo der Verschuldung lediglich eine einschränkende, jedenfalls keine selbständige strafbegründende Bedeutung zukommt. Die Differenz ist danach offensichtlich.

Auch beim E. 27 ist diese Verschiedenheit trotz der Aufzählung der verschuldeten Folgen noch bis zu einem gewissen Grade vorhanden. Denn die durch den Einleitungssatz umgrenzten subjektiven Umstände müssen „hauptsächlich" in Betracht gezogen werden, und das bringt es mit sich, daß das Verhältnis der zu berücksichtigenden subjektiven und objektiven Momente bei der Strafzumessung ein ganz anderes ist als bei der Ermittelung des anzuwendenden Strafrahmens.

Bei beiden Entwürfen wird der Unterschied zwischen Schuldspruch und Strafzumessung aber nicht allein dadurch begründet,

daß bei der Strafzumessung der objektive Unrechtsgehalt der Tat und deren Folgen überhaupt nicht oder erst in zweiter Linie berücksichtigt werden. Entscheidend wird er vielmehr noch dadurch erweitert, daß bei der Strafzumessung auf der subjektiven Seite über die innere Beziehung des Täters zur konkreten Einzeltat und die innere Freiheit des Täters bei Begehung derselben hinaus vor allem dem Maß der Fundierung der Tat in dem dauernden Wesen des Täters bestimmender Einfluß beigelegt wird. Denn Hauptgedanke der Sondervorschriften ist, daß die Tat umso strafwürdiger ist, je mehr sie auf dem Charakter des Täters beruht. Eine Berücksichtigung der Persönlichkeit findet sich nur noch in den der Strafzumessungsvorschrift inhaltlich nachgebildeten Vorschriften über die Strafänderung, so in der Vorschrift über den Gewohnheitsverbrecher. Und bei dem zur Strafbemessung gehörenden bedingten Straferlaß kommt die gesamte Persönlichkeit des Täters in Betracht. Doch kann hier, wo es vor allem auf die Feststellung der den regelmäßigen Strafrahmen bestimmenden Umstände ankommt, von den Strafänderungsgründen und dem bedingten Straferlaß abgesehen werden. Von den Umständen, von denen die Anwendung des über den Strafrahmen entscheidenden Gesetzestatbestandes abhängt, stehen aber allein das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit und das Merkmal der Gewohnheitsmäßigkeit zu der Eigenart des Täters in Beziehung. Im übrigen hat der Zusammenhang zwischen der Tat und der dauernden Willensrichtung des Täters in den Umständen, die die Anwendung des regelmäßigen Strafrahmens veranlassen, keinen Platz.

II. Zusammenfassende Kennzeichnung der Unterschiede.

1. Tat und Täter.

Insgesamt bestätigt die vorstehende Gegenüberstellung den Satz der Begründung zum E. 1925, daß im E. 1925 die Tat nur über den Strafrahmen entscheide, die im einzelnen Fall zu verhängende Strafe aber durch die Persönlichkeit des Täters bestimmt werde.[1]) Und sie rechtfertigt es ebenfalls, daß die Begründung zum E. 1927 diesen Satz für den E. 1927 mit der einzigen Abänderung übernimmt, daß die Strafe „vor allem" durch die Persönlichkeit des Täters bestimmt werde.[2]) Denn die Gegenüberstellung hatte das Ergebnis, daß die Einstellung des Täters zu der Tat sowohl zu den den Schuldspruch begründenden Tatsachen als

[1]) S. 50.
[2]) S. 53.

zu den Strafzumessungsgründen gehört, daß aber, während Ausgangspunkt und Grundlage der Entscheidung über den Strafrahmen die Einzeltat ist, bei der Strafzumessung die Entscheidung von dem Charakter des Täters und im E. 1927 daneben in zweiter Linie von dem verschuldeten Erfolg der Tat abhängig gemacht ist.

2. Generalprävention und Spezialprävention. Schuld und Gefährlichkeit.

In der vorstehenden Zusammenfassung sind Strafzumessung und Schuldspruch im Hinblick darauf einander gegenübergestellt worden, welchen Ausschnitt aus den bei Tat und Täter gegebenen Umständen der Gesetzgeber als für sie entscheidend herausgehoben hat. Die dabei zutage getretene Verschiedenheit kann weiter auch durch eine Gegenüberstellung der Strafzwecke zum Ausdruck gebracht werden, die für die Hervorhebung gerade dieser Gruppen von Gegebenheiten durch das Gesetz richtunggebend sind. Denn es bedarf keiner besonderen Darlegung, daß sich darin die kriminalpolitische Tendenz des Gesetzes ausprägt, welche Umstände es zu den Voraussetzungen der Strafverhängung und Strafbestimmung macht.

Schon daraus, daß die Erwägungen über den Schuldspruch an die einzelne Tat anknüpfen und dazu noch die subjektive Beziehung des Täters zu der einzelnen Tat beachten und daß die Strafrahmen dem objektiven Unrechtsgehalt des betreffenden Deliktstypus angepaßt sind, folgt, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Auswahl des anzuwendenden Strafrahmens von dem Gedanken der Generalprävention ausgegangen ist. Ferner zeigt sich auch in der Beibehaltung der Todesstrafe, vielleicht auch in der Aufrechterhaltung des Unterschiedes von Zuchthaus und Gefängnis, in der Trennung von Strafe und sichernden Maßnahmen und in der Beschränkung der Anwendung des bedingten Straferlasses, im E. 1927 jedesmal mehr noch als im E. 1925, daß der Gesetzgeber das Ziel beachtet, vor allem die Tat als verwerflich zu kennzeichnen und die Scheu vor dem Verbrechen auch bei allen anderen der Strafgewalt unterworfenen Personen zu wecken und zu nähren.[1]) Auch dadurch wird es gerechtfertigt, daß vorstehend die Tatsache, daß nach den Entwürfen bei der Verurteilung von der einzelnen Tat auszugehen ist, im Sinne der Generalprävention aufgefaßt worden ist.

[1]) Begr. 25, S. 37; 27, S. 33; siehe oben, S. 51.

Soweit die Generalprävention die Aufgabe der Abschreckung anderer umfaßt, wird diese in vielen Fällen durch eine aus der Spezialprävention sich ergebende Besserungs- oder Sicherungsstrafe mit erfüllt. Es ist Kohlrausch beizupflichten, daß je ernster die Versuche gemacht werden, „aus einem sozial unbrauchbaren einen sozial brauchbaren Menschen zu machen, oder gar ihn aus dem Leben in der Gesellschaft auszuschließen", man sich „destoweniger der Befürchtung hinzugeben braucht, es könnte die generalpräventive Aufgabe des Strafrechts .... gefährdet werden".[1]) Diese Erwägung greift aber in allen den Fällen nicht durch, in denen die Spezialprävention zu einer besonders milden Behandlung des Täters führt und für die die Fälle der Bewilligung des bedingten Straferlasses ein Beispiel sind.

Der Generalprävention dient weiter das in der Bestrafung zum Ausdruck kommende Werturteil, das umso wichtiger ist, je mehr die Masse der Bevölkerung in ihrer Lebensführung von der öffentlichen Meinung und dem allgemeinen öffentlichen Urteil abhängig ist. Die generalpräventive Wirkung tritt ein, wenn die Strafe den im Volke lebenden Wertanschauungen entspricht, diese erneut bestätigt und wenn sie darum als gerechte Vergeltung empfunden wird.[2]) Nach diesen Wertanschauungen wird das in der Bestrafung liegende Werturteil aber bestimmt durch den objektiven Unrechtsgehalt der Tat und die Art der subjektiven Beziehung des Täters zu der Tat. Es wird weiter bestimmt durch das Maß der Beteiligung des Charakters an dem Zustandekommen der Tat. Auch durch die Beantwortung der durch den Einleitungssatz aufgegebenen Frage wird ein Werturteil gefällt, und zwar ein Werturteil über den Täter. Dieses beruht ebenfalls auf allgemeinen Wertanschauungen; denn in deren Sinn liegt es, den Täter dafür verantwortlich zu machen, daß seine Persönlichkeit sich dauernd mit der sozialen Ordnung in Widerspruch setzt.

Die Strafzumessung nach den Entwürfen wird nun dadurch gekennzeichnet, daß sich bei ihr das Werturteil — für den E. 1925 ausschließlich, für den E. 1927 „hauptsächlich" — auf der im Einleitungssatz vorgesehenen Charakterbeurteilung aufbaut.[3]) Auch das aus der Charakterbeurteilung sich ergebende Werturteil hat generalpräventive Bedeutung. Doch ist diese zweifellos erheblich dadurch vermindert, daß bei ihm die für die Volksanschauung das

[1]) JAV. Karlsruhe, S. 14.
[2]) Exner, Gerechtigkeit im Strafmaß, S. 13.
[3]) Zum folgenden: Grünhut, Aschaffenburg-Festgabe, S. 90 ff.

Werturteil wesentlich mitbestimmende objektive Bedeutung der Tat nach dem Willen der Sondervorschriften ganz (E. 1925) oder fast ganz (E. 1927) außer Betracht bleibt. Dazu kommt, daß die von den Entwürfen für die Höhe der Strafe maßgebende Charakterschuld nicht völlig — denn der gefährliche Zurechnungsunfähige bleibt jedenfalls straffrei —, aber in weitem Maße gleich Gefährlichkeit ist. Denn die Begründungen machen deutlich, daß auch die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung der Tat durch den Täter an Hand des Einleitungssatzes zutreffend beurteilt werden kann: wenn der Handelnde den Antrieb zur Tat in sich selbst trägt, dann „genügt ein geringfügiger Anlaß, um Taten gleicher Art bei ihm auszulösen".[1]) Wenn es aber in weitem Umfang der Richtung der Strafzumessung entspricht, daß der Täter durch die Strafe in einem seiner Gefährlichkeit entsprechenden Maße getroffen wird, dann muß auch in weitem Umfang eine Zweckerwägung über das erforderliche Maß „der durch die Strafe zu erreichenden psychischen Gegenwirkung"[2]) zu einem mit der Sondervorschrift in Einklang stehenden Ergebnis führen. Jedenfalls ist offensichtlich, daß in den Strafzumessungsvorschriften der Entwürfe der Grundsatz der gerechten Vergeltung — schon wegen der mehr oder weniger großen Außerachtlassung der sozialen Bedeutung der Einzeltat — fast ganz hinter dem Grundsatz der Spezialprävention zurücktritt.

III. Erklärung der Differenz zwischen den über den anzuwendenden gesetzlichen Tatbestand und den über das Strafmaß entscheidenden Umständen.

Die in den vorstehenden Ausführungen herausgearbeitete Differenz zwischen Strafzumessung und Feststellung des anzuwendenden Tatbestandes ist in der Kritik des E. 25, in dem sie besonders deutlich zutage tritt, mehrfach getadelt worden. So hat v. Hippel auf der Bonner Tagung der IKV. die Strafzumessungsregel der Begründung zum E. 25, daß das Delikt nur über den Strafrahmen entscheide und daß es innerhalb dieses Strafrahmens allein auf die Persönlichkeit des Täters ankomme, als unmöglich bezeichnet und erklärt, diese Strafzumessungsregel lasse sich nur vertreten, wenn außer der Spezialprävention kein anderer Strafzweck maßgebend sei.[3]) Und Nagler führt aus, wenn die Begründung wähne, bei der Strafzumessung anders entscheiden zu können

[1]) Begr. 25, S. 49/50; 27, S. 53.
[2]) Begr. 25, S. 50; 27, S. 53.
[3]) IKV. Bonn, S. 96.

als „bei Legung der Fundamente", so verkenne sie dabei in wissenschaftlich unverzeihlicher Art den organischen Zusammenhang, der zwischen beidem bestehe.[1]) In der Tat erhebt sich die Frage, ob es nicht damit, daß die Strafzumessung Fortsetzung der Arbeit des Gesetzgebers ist[2]), in Widerspruch steht, wenn dem Richter für die Strafzumessung ein anderer Strafzweck als maßgebend genannt wird, als er vom Gesetzgeber bei der Aufstellung der gesetzlichen Tatbestände verfolgt wird. Dadurch, daß dieser Frage im folgenden nachgegangen wird, dürfte auch zur tieferen Erfassung der Strafzumessungsvorschriften der Entwürfe beigetragen werden.

Eine Erklärung für die hier näher zu betrachtende Verschiedenheit könnte zunächst in der folgenden Erwägung gefunden werden. Generalprävention und Spezialprävention stehen nicht in absolutem Gegensatz zueinander; es führt höchstens ihre gleichzeitige Beachtung bei Bemessung der Strafe zu Schwierigkeiten. Deshalb erscheint der Versuch angebracht, die verschiedenen Ziele auch durch verschiedene Maßnahmen zu erreichen. Es fragt sich deshalb, ob nicht als solche verschiedenen Maßnahmen die Anwendung der gesetzlichen Strafsätze und die Verhängung der Strafe im Einzelfall angesehen werden kann.

Daß so keine Aufklärung gegeben werden kann, hat Graf Gleispach gezeigt.[3]) Voraussetzung wäre, daß Strafrahmen und Verhängung der individuellen Strafe in ihrer Wirksamkeit nach außen auch als zwei verschiedene Maßnahmen anzusehen wären. Das ist aber keineswegs der Fall. Die gesetzlichen Tatbestände an sich haben keinen generalprävenierenden Einfluß. Wirkung nach außen auf die Masse und auf den Angeklagten hat nur das Urteil. Und bei diesem sind Verurteilung wegen des bestimmten Delikts und Strafzumessung eine Einheit, wobei das Interesse vornehmlich darauf gerichtet ist, welche Strafe der Angeklagte erhält.[4])

Bei der vorliegenden Frage führt jedoch weiter eine Besinnung darüber, was der Gedanke der gerechten Vergeltung für die Bestimmung der Strafe überhaupt zu leisten vermag. Sie ist u. a. von Exner[5]) vorgenommen worden und zeigt, daß die dem Gedanken der Gerechtigkeit entsprechende Beachtung der im Volke lebendigen

[1]) Ger. S. 93, S. 88.
[2]) Vgl. die Ausführungen der Einleitung oben, S. 15.
[3]) Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 21, S. 198.
[4]) Die obige Erwägung kommt dagegen bei dem Verhältnis von Strafurteil und bedingter Strafaussetzung in Betracht und führt bei manchen Richtern zu dem Verfahren, die Bewilligung der Strafaussetzung nicht schon in der Hauptverhandlung, sondern erst später bekanntzugeben.
[5]) Gerechtigkeit im Strafmaß, S. 29. Siehe auch: Graf zu Dohna, Sicherungsstrafe, Zeitschrift, S. 44, S. 52; v. Hippel, Dtsch. StR. 502.

Wertanschauungen nicht zu einer absolut bestimmten Strafe führt, sondern nur Grenzen bezeichnet, innerhalb deren die Strafe als gerecht angesehen wird und innerhalb deren sie in jedem Falle eine generalpräventive Wirkung ausübt. Innerhalb des so gegebenen Spielraums kann dann die auch erwünschte Berücksichtigung des Gedankens der Spezialprävention auch nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit erfolgen.

Aus vorstehendem erhellt, daß es die zur Vereinigung der verschiedenen Strafzwecke angemessene Art ist, wenn der Gesetzgeber dem Gedanken der Generalprävention bei der Aufstellung der Strafrahmen und dem Gedanken der Spezialprävention bei der Anweisung für die Festsetzung der Strafe innerhalb dieser Rahmen Rechnung trägt. Darin, in welchem Maße er das tut, in welchem Maße er insbesondere dem Gedanken der Generalprävention etwa durch die Aufstellung enger Strafrahmen oder noch innerhalb der Strafrahmen Bedeutung beimißt, prägt sich aus, wie er die Wertanschauungen des Volkes auffaßt und inwieweit er diesen Beachtung schenkt, insgesamt, wie er die verschiedenen Strafzwecke mit einander kombiniert. Infolgedessen sind zweifellos erhebliche Meinungsverschiedenheiten darüber möglich, ob die Art dieser Kombination in den Entwürfen kriminalpolitisch richtig ist. Sie ist ja auch in den beiden Entwürfen verschieden. Auf diese Meinungsverschiedenheiten soll hier nicht eingegangen werden. Wesentlich ist aber hier, wo die Strafzumessung in ihrem Zusammenhang mit den Grundgedanken des Gesetzes verstanden werden soll, daß die von Nagler getadelte Differenz zwischen Strafzumessung und „Legung der Fundamente" nicht grundsätzlich verfehlt ist.

Die vorstehenden Darlegungen ermöglichen es, die Verschiedenheit der beiden Entwürfe erneut zu zeigen. In ihnen ist vorausgesetzt, daß der gesetzliche Strafrahmen sich mit dem Rahmen deckt, den nach Auffassung des Gesetzes der Gedanke der gerechten Vergeltung für die Bestrafung bezeichnet. Es ist deshalb zu beachten, daß die im gesetzlichen Strafrahmen gezogenen Grenzen die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit sind, weil sie für den ganzen Deliktstypus, sowohl für die schweren als für die leichten Fälle desselben, gelten. Andererseits ist es möglich, daß die allgemeinen Wertanschauungen wegen des objektiv leichten Erfolges z. B. bei einer ganz geringfügigen Körperverletzung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens für Körperverletzung unterhalb dessen

oberer Grenze eine besondere Grenze erkennen lassen. Bei E. 1927, der die Beachtung der verschuldeten Folgen vorschreibt, kann dieser Umstand in Betracht gezogen werden. Bei E. 1925 dagegen bleibt die Verschiedenartigkeit der Spielarten des bestimmten Deliktstypus außer Betracht, soweit sie sich nicht in der Gesinnung und subjektiven Einstellung des Täters widerspiegelt.

B. Erläuterung und Ergänzung der Strafzumessungsvorschriften durch den übrigen Inhalt der Entwürfe.

Nachdem nunmehr die Beziehungen und Unterschiede zwischen den gesetzlichen Strafzumessungsvorschriften und den über Strafnahmen und Schuldspruch entscheidenden Umständen besprochen worden sind, muß auf Grund der bisherigen Ergebnisse zusammenfassend untersucht werden, welche Erläuterung und welche Ergänzung der Strafzumessungsvorschriften aus den übrigen Bestimmungen gewonnen werden kann. Dabei braucht auf die Frage, wie in den Entwürfen der Kreis der für die Strafzumessung überhaupt in Betracht kommenden Umstände umgrenzt ist, hier nicht erneut eingegangen zu werden. Denn diese Frage muß allein aus dem Inhalt der Sondervorschriften beantwortet werden. Es ist deshalb hier auf die bei Erläuterung derselben erzielten Ergebnisse zu verweisen[1]).

I. Die Feststellung des straferhöhenden oder strafmindernden Einflusses der Strafzumessungsgründe.

Bei der Erläuterung der Sondervorschriften der Entwürfe über die Strafzumessung hat sich erwiesen, daß diese nicht in allen Fällen Antwort darüber erteilen, ob ein Umstand als belastend oder entlastend anzusehen ist. Vor allem ist zweifelhaft geblieben, ob erbliche zum Verbrechen führende Anlagen, angeborene Willensschwäche, auf schlechte Erziehung zurückzuführende böse Eigenart zu den Ursachen zu rechnen sind, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen, oder ob diese Umstände umgekehrt eine besonders starke strafende Reaktion erfordern. Für die Beantwortung dieser Frage sind zunächst in Betracht gezogen worden die Wendungen „verwerfliche Willensneigung“ (E. 25) oder „Willensrichtung“ (E. 27) im Einleitungssatz, der Hinweis auf die „Nachhaltigkeit des zur Tat aufgewendeten Willens“ in Gruppe 1 der besonders aufgezählten Umstände in § 69 E. 27 und die Abstellung beider Entwürfe bei den besonders schweren Fällen darauf, ob der verbrecherische Wille des

[1]) Vgl. oben, S. 30 ff.

Täters ungewöhnlich stark ist (§ 76 E. 25; § 77 E. 27). Es hat sich gezeigt, daß aus allen diesen Wendungen sich mit Sicherheit nur entnehmen läßt, daß den Täter dann härtere Strafe treffen soll, wenn er eine besondere Intensität des verbrecherischen Willens im einzelnen Fall tatsächlich entfaltet hat, daß sie aber über die Berücksichtigung der Willensstärke oder Willensschwäche nichts besagen. Zur Beantwortung der hier interessierenden Frage ist oben weiter herangezogen worden der Hinweis beider Entwürfe auf „das Maß der Einsicht des Täters und den Einfluß krankhafter oder ähnlicher Störungen auf seinen Willen". Aber selbst wenn man diese Wendung auf Grund der Bestimmungen über die Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit dahin erläutert, daß nur krankhafte Störungen, d. h. nach Frank organisch bedingte Abnormitäten, unter sie zu rechnen seien und deshalb die infolge schlechter Erziehung oder Angewöhnung erworbenen Eigenschaften als nicht entlastend ausscheidet, dann ist immer noch keine Antwort dafür erteilt, ob die erwünschte stärkere Reaktion gegen die vielen willensschwachen Psychopathen zulässig ist.

Die Entscheidung ist daher nur durch die Überlegung darüber zu finden, was der Tendenz der Strafzumessung nach den Sondervorschriften am meisten entspricht. Diese Überlegung führt zu dem Ergebnis der Begründungen, daß die Strafe ohne Rücksicht auf die Entstehung der verbrecherischen Willensneigung festzusetzen ist und daß Vererbung und böse Anlagen ebenso wie schlechte Erziehung keine strafmindernde Bedeutung haben[1]). Daraus, daß diese Darlegung der Begründungen allein den Strafzweck der Besserung und Sicherung des einzelnen Täters berücksichtigt, kann nunmehr auch kein Bedenken mehr gegen sie hergeleitet werden, da sich gezeigt hat, daß diesem Strafzweck bei der Bestimmung der Strafe innerhalb des Strafrahmens fast ausschließliche Bedeutung zukommt. Für die Ansicht der Begründungen spricht aber vor allem, daß sie mit der von den Entwürfen für die Strafzumessung vorgesehenen Charakterbewertung in Einklang steht. In deren Wesen liegt es aber, daß der Staat den Täter ohne Rücksicht auf seine individuellen Fähigkeiten für seine Eigenart verantwortlich macht[2]). Die strafrechtlichen Normen geben das Mindeste an, was der Staat von jedem seiner Bürger verlangen muß. Zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung hat jeder Bürger die Aufgabe, sich der Herrschaft über seine

[1]) E. 25, S. 50; E. 27, S. 53.
[2]) Vgl. Graf zu Dohna, Sicherungsstrafe, Zeitschrift 44, S. 53, Seelig, Monatsschrift 18, S. 257; Kadecka, Zeitschrift 48, S. 605 ff.; s. a. Mezger, Der moralische Defekt, Zeitschrift 34, S. 575/576.

Triebe und gefährlichen Neigungen zu versichern. Dabei kann er nicht damit gehört werden, daß er es gerade besonders schwer habe, sich mit seinen inneren Verhältnissen einzurichten, vielmehr muß er es sich gefallen lassen, daß ihn die Reaktion des Staates in dem Maße trifft, als ihm ausweislich seiner Tat die soziale Gesinnung und die Kraft zu einem rechtlichen Leben im Augenblick der Tat fehlt.

Bedenken dagegen, daß auch einem psychopathischen Verbrecher aus Zweckmäßigkeitsgründen[1]) gegebenenfalls die volle Strafe zugemessen wird, können sich danach höchstens aus der Erwägung ergeben, daß nach der Aufzählung des „Maßes der Einsicht des Täters usw." in der Sondervorschrift die Auffassung der Vorschrift über die Zurechnungsunfähigkeit als „Grenzwert"[2]) selbstverständlich sei und daß aus dieser Auffassung mit Notwendigkeit die strafändernde Bedeutung auch der geringsten seelischen Beeinträchtigung folge. Dieser Erwägung kann jedoch kein Gewicht beigelegt werden. Sie muß bei der oben dargelegten Kombination der Strafzwecke in den Entwürfen ebenso zurücktreten, wie gegenüber der Verschiedenheit der Richtung bei Auswahl des Strafrahmens und der Zumessung der Strafe der Gedanke zurücktreten muß, daß im allgemeinen die Strafzumessung denselben Strafzweck zu verfolgen habe, den der Gesetzgeber bei Aufstellung der gesetzlichen Tatbestände verfolgt habe. Tatsächlich kommt auch im E. 1927 (§ 13 Abs. 2), darin, daß die Strafmilderung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit nicht mehr zwingend vorgeschrieben ist, zum Ausdruck, daß die Folgerung aus der Grenzwertbedeutung gegenüber dem Zweckgedanken zurücktreten muß.

Grundsätzlich ist nach alledem die straferhöhende oder strafmindernde Bedeutung der Strafzumessungsgründe danach zu bestimmen, ob sie den Täter als eine Gefahr für die soziale Ordnung erschienen und ob sie eine strafende Einwirkung auf den Täter als angezeigt erscheinen lassen.

Soweit bei Anwendung des E. 1927 auch die verschuldeten Folgen der Tat selbständig zu verwerten sind, ergibt sich deren straferhöhende oder strafmindernde Bedeutung aus ihrer Eigenschaft als Steigerungsmomente. Zur Straferhöhung führen sie, wenn sie besonders schwer sind, zur Strafminderung, wenn sie besonders leicht sind. Ob die Folgen des Delikts aber leicht oder schwer sind, muß der Richter auf Grund seiner Erfahrung über die durchschnittliche Begehungsart des betreffenden Delikts beurteilen.

[1]) Wilmans, Verminderte Zurechnungsfähigkeit, S. 365.
[2]) Vgl. oben, S. 17.

II. Das Maß des Einflusses der einzelnen Strafzumessungsgründe.

1. Kausale Betrachtung.

Wie oben ausgeführt worden ist, bestimmt sich die Bedeutung der einzelnen Momente für das Maß der Erhöhung oder Minderung der Strafe danach, in welchem Maße sie als Ursachen der Tat anzusehen sind. Für die tatsächliche Feststellung des kausalen Einflusses der entlastenden und belastenden Momente ergeben sich aus den Entwürfen noch folgende Gesichtspunkte.

Die ursächliche Bedeutung der Gesinnung des Täters für das Zustandekommen der Tat muß in der Regel durch besondere Erkenntnismittel festgestellt werden. Daß die Intensität der verbrecherischen Willensbetätigung als ein solches Zeichen für die Gesinnung des Täters anzusehen ist, ist bei der Erörterung der besonders schweren Fälle (§ 76 E. 25; § 77 E. 27) hervorgehoben worden. Es können ferner die bei Prüfung von Vorsatz, Absicht und Wissentlichkeit anzustellenden Überlegungen über die innere Beziehung des Täters zu seinem Handeln auch im Hinblick auf die Gesinnung angestellt werden und sie tragen zur Aufklärung darüber bei, wie sehr das Innere des Täters auf die Begehung der Tat gerichtet war.

Die nähere Betrachtung der Art dieser Überlegungen zeigt, daß praktisch bei ihnen zur Ermittlung der Intensität der Gesinnung regelmäßig auch in Betracht gezogen wird, gegen welchen Widerstand sie sich richtet, und daß der Grad der Intensität der Gesinnung danach bestimmt wird, über welche Gegenmotive der Täter sich hinweggesetzt hat. Das zeigt die Betrachtung der symptomatischen Bewertung der Tat, die darauf beruht, daß die Tatvorstellung hätte Gegenmotiv werden müssen. So wird ferner für die Feststellung der Gesinnung wesentlich, inwieweit der Täter hätte Gegenmotive hätte wirksam werden lassen müssen. Im Zusammenhang damit erlangen auch für die Feststellung der Gesinnung die der Regelung des Rechtsirrtums zugrundeliegenden Gedanken und der z. B. bei der Fahrlässigkeit und bei Notwehrexzeß zum Ausdruck kommende Gesichtspunkt der Berücksichtigung der inneren Situation des Täters Bedeutung. Und wenn bei der Entwendung von 50 Pf. aus der Mütze eines blinden Drehorgelspielers eine intensivere verbrecherische Gesinnung angenommen wird als bei der Entwendung von 10 RM. von einem Ladentisch, so wird das Maß der Gesinnung gefolgert aus dem Grad der verletzten sozialen Pflicht[1]). Die Wirkung der

[1]) Beispiel aus Ziehen, Charakterologische Studien, S. 199.

Gesinnung wird danach als umso nachhaltiger und kräftiger angesehen, je wirksamere Gegenmotive sich auf Grund der subjektiven Beziehung des Täters zur Tat ergeben mußten.

Die nähere Betrachtung der tatsächlichen Feststellung der Intensität der Gesinnung zeigt somit, daß sie, wenn sie vorgenommen wird, unter Außerachtlassung der entlastenden Beweggründe, sich in der Praxis aufbaut auf einer Reihe von Bewertungsvorgängen.

Eine Betrachtung der Bestimmungen der Entwürfe über den Notstand, in denen auch auf die Beweggründe des Täters Rücksicht genommen ist, führt bezüglich der kausalen Betrachtung der Beweggründe zu demselben Ergebnis. In den Vorschriften über den Notstand leiten beide Entwürfe, wie oben dargelegt ist[1]), dazu an, die Wirksamkeit der Beweggründe abzuschätzen. Diese Abschätzung erfolgt unter dem Gesichtspunkt der „Zumutbarkeit" der durch die Tat zu beseitigenden Notstandslage. Kadečka führt dazu aus, daß wenn sich bei dieser Abschätzung ergebe, „daß die Tat auf äußere Reize zurückzuführen sei, denen ein rechtlich gesinnter Mensch mit normalen Hemmungen überhaupt nicht widerstehen könne, dann eben daraus folge, daß Gesinnung und Willensrichtung des Handelnden zur Tat gar nichts beigetragen hätten, daß aus der Tat kein Schatten auf sie falle, daß der Täter mit anderen Worten schuldlos gehandelt habe"[2]). Diese Ausführung stimmt mit der schon im erläuternden Teil aufgestellten These überein, daß in der Praxis von den Motiven auf die Gesinnung geschlossen werde und daß dieser Schluß nur auf Grund einer Bewertung der Motive möglich sei.

Nähere Betrachtung zeigt auch, daß eine derartige Bewertung der Tendenz der Strafzumessung in den Entwürfen entspricht. Es ist möglich, daß der Täter allein durch ein Motiv zur Tat geführt worden ist, weil seine Disposition derart ist, daß er den Einflüssen dieses Motivs leicht erliegt. Im Sinne der Entwürfe liegt es, bei einer derartigen Disposition eine stärkere Reaktion eintreten zu lassen. Ob eine solche Disposition aber vorliegt, kann nur danach beurteilt werden, ob der Täter einem Motiv gefolgt ist, das den normalen Bürger bei weitem nicht zur Tat geführt haben würde.

Eine weitere Bestimmung, in der die Beweggründe des Täters berücksichtigt werden, ist die Vorschrift des E. 27 über die Einschließung (§ 72). Auch in ihr wird der Richter angeleitet, die Beweggründe zu bewerten, da nur wenn diese achtenswert sind, auf Einschließung erkannt wird.

[1]) Vgl. oben, S. 45 f.
[2]) Kadečka, Die Schuldlehre, Zeitschrift 48, S. 629.

Für den Maßstab dieser Bewertung ergeben sich aus den Entwürfen nur geringe Anhaltspunkte. Das Wort „achtenswert" in § 72 E. 27 erfordert selbst vom Richter die Ausfüllung mit Wertgrundsätzen; das gleiche gilt von dem Hinweis auf die „Zumutbarkeit" in den Notstandsbestimmungen[1]). Nur die Vorschrift der Berücksichtigung der einander gegenüberstehenden Interessen in § 25 E. 27 ist geeignet, die Erwägungen des Gerichts zu beeinflussen, indem es die Punkte näher bezeichnet, an die sie sich anzuschließen haben. Soweit eine wertende Vergleichung einander gegenüberstehender Interessen nicht stattfinden kann, wird die Betrachtung des Verhaltens des normalen Bürgers in der betreffenden Lage zu einem angemessenen Ergebnis führen. Auch Kedečka beurteilt den Einfluß der zur Tat führenden Reize im Hinblick auf das Verhalten des „rechtlich gesinnten Menschen mit normalen Hemmungen".

Soweit, wie oben zunächst ausgeführt ist, die Intensität der Gesinnung nach der Stärke der bewußt oder unbewußt außer acht gelassenen Pflicht angenommen wird, muß auch bei Abschätzung des Grades der Pflicht der Richter den Maßstab den allgemeinen sozialethischen Anschauungen entnehmen. Auch dafür bietet ihm der Inhalt der Entwürfe nur einige Beispiele und Konkretisierungen in der Beachtung der Schutzbedürftigkeit und des Wertes des Objekts, der Gefährlichkeit der Handlung, der Art der subjektiven Beziehung des Täters zum Verletzten im besonderen Teil. Die schwerere Beurteilung der Entwendung von 50 Pf. aus der Mütze des blinden Drehorgelspielers gegenüber der Entwendung von 10 RM. von einem Ladentisch beruht z. B. auf der Beachtung der sich aus der Schutzbedürftigkeit des Blinden ergebenden sozialen Pflicht.

Nach diesen Ausführungen über die Bewertung muß erneut hervorgehoben werden, daß die Bewertung nur praktisch der tatsächlichen Feststellung der kausalen Bedeutung dient und daß der Richter alle seine Erwägungen über sie im Hinblick auf die kausale Bedeutung von Gesinnung und Motiven anzustellen und zusammenzufassen hat[2]). Die Ordnung und Zusammenfassung gibt ihm ein Bild, das der Tatsachenwelt angehört. Die Strafe hat er dann mit der kausalen Wirkung von Gesinnung und Motiven in vergleichende Beziehung zu setzen und die Strafe in einem ihr entsprechenden Verhältnis zu erhöhen und zu mindern.

[1]) Graf zu Dohna, Stammler-Festgabe, S. 263.

[2]) Eine solche Bewertung würde auch dann vorzunehmen sein, wenn der Richter, wie Kohlrausch (JKV. Karlsruhe, S. 26) vorschlägt, angewiesen würde, die Strafe nach dem Maß der erforderlichen seelischen Einwirkung zu bestimmen. Denn auch dann wäre eine Feststellung der Gesinnung des Täters nötig und diese nicht ohne Bewertung der indizierenden Umstände möglich.

Das Verhältnis, in dem diese Erhöhung oder Minderung vorgenommen wird, beeinflußt die Entscheidung wesentlich. Auch für seine Feststellung ist die Beachtung des Gesetzes von Wert. Das Verhältnis richtet sich offenbar auch danach, wie die Gesamtheit und der erfahrungsgemäß festzustellende Durchschnitt der unter diesen Strafrahmen fallenden Delikte beschaffen ist[2]). Infolgedessen muß sich der Richter auch darüber klar werden, welche Fälle nach dem Willen des Gesetzes unter den Strafrahmen fallen. Deshalb tritt in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Umstandes zutage, daß die Strafänderungsbestimmungen den Strafzumessungsvorschriften inhaltlich nachgebildet sind und deshalb der normale Strafrahmen nur die mittleren Fälle umfaßt[1])[2]).

2. Bewertung.

Die bei Anwendung des E. 1927 vorzunehmende selbständige Bewertung der verschuldeten Folgen der Tat, der angewendeten Mittel usw. unterscheidet sich dadurch grundlegend von der der kausalen Betrachtung dienenden Bewertung, daß ihr Ergebnis unmittelbar die Höhe der Strafe beeinflußt und nicht erst, nachdem es auf die kausale Wirkung der Gesinnung bezogen ist. Der Maßstab der Bewertung ist aber in beiden Fällen derselbe. Auch bei der Bewertung der Folgen muß der Richter die allgemeinen sozial-ethischen Anschauungen und die aus dem besonderen Teil sich ergebenden besonderen Gesichtspunkte beachten. Grundsätzlich hat er dabei noch im Auge zu behalten, daß durch die Berücksichtigung insbesondere der verschuldeten Folgen dem Urteil die Bedeutung eines generalpräventiv wirkenden Werturteils gegeben werden soll. Infolgedessen kann er bei der Anwendung des E. 1927 auch den der Verjährung zugrunde liegenden Gesichtspunkt der heilenden Wirkung des Zeitablaufs berücksichtigen.

Der Einfluß der selbständigen Bewertung der verschuldeten Folgen auf das Maß der Strafe kann nicht darin bestehen, daß sie zu einem bestimmten Strafmaß führt. Sie besteht vielmehr wie überhaupt die Wirkung der Anwendung des Grundsatzes der gerechten Vergeltung[3]) darin, daß sie innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens mehr oder weniger deutlich einen Spielraum erkennen läßt, innerhalb dessen die Strafe eine angemessene Berücksichtigung des objektiven Unwertes der Tat enthält. Feste Grenzen kann dieser Spielraum allerdings deshalb nicht haben, weil die allgemeinen

[1]) Daß dabei für den Durchschnittsfall nicht von der Mitte des Strafrahmens ausgegangen werden darf, ist in R. G., D. J. Z. 1908, Sp. 1108, zutreffend dargelegt.
[2]) Siehe oben, S. 40.
[3]) Siehe oben, S. 61 ff.

Wertanschauungen auch eine Berücksichtigung des Charakters verlangen und weil deshalb das Ergebnis auch durch eine Beurteilung des Charakters ergänzt werden muß.

3. Zweckerwägung.

In beiden Entwürfen ist die Berücksichtigung der Wirkungen der Strafe im Hinblick auf die Verhältnisse des Täters zurzeit der Aburteilung vorgeschrieben. In dem übrigen Inhalt der Entwürfe ist eine ähnliche Erwägung zur zweckgemäßen Gestaltung der Strafmaßnahme im Hinblick auf die individuellen Verhältnisse des Täters nicht vorgesehen.

Dagegen ist durch den Vergleich der Strafzumessungsvorschriften mit dem übrigen Inhalt der Entwürfe deutlich geworden, daß der Fassung der Sondervorschriften der Gedanke der zweckmäßigen Einwirkung auf den Täter zugrunde liegt. Das führt jedoch nicht dazu, neben der kausalen Betrachtung im Einzelfalle eine Zweckerwägung anzustellen, soweit diese nicht die Wirkung der Strafe betrifft. Denn das Gesetz hat diese Zweckerwägung ein für allemal (unter gleichzeitiger Einschränkung des Kreises der zu beachtenden Umstände[1]) in die kausale Betrachtung umgeformt und damit den Richter angewiesen, das zweckmäßige Ergebnis nur durch sie zu suchen. Der Grundgedanke zweckvoller Einwirkung auf den Täter ist daher nur bei der Auslegung der Sondervorschriften zu berücksichtigen.

Das gleiche gilt übrigens von dem der Fassung der Sondervorschriften ebenfalls zugrunde liegenden Gedanken der Charakterbewertung. Auch er ist nur für die Auslegung von Bedeutung. Für die Erwägungen des Richters ist auch er in die kausale Betrachtung umgeformt. Höchstens bei Anwendung des E. 1927 ist die Charakterbewertung neben der Bewertung der verschuldeten Folgen nicht außer acht zu lassen, da auch sie Grundlage für das soziale Werturteil über Tat und Täter ist[2]).

4. Verhältnis von kausaler Betrachtung, Bewertung und Zweckerwägung bei Feststellung der zu verhängenden Strafe.

Insgesamt beeinflussen danach kausale Betrachtung und Zweckerwägung und bei Anwendung des E. 1927 auch Bewertung nebeneinander das Maß der Strafe. Gerade die Zusammenfassung dieser verschiedenen Überlegungen zu einem einheitlichen Ergebnis ist

[1]) Siehe oben, S. 21, zu Anm. 1.
[2]) Vgl. oben, S. 59.

Sache des richterlichen Taktes und Gefühles. Trotzdem ist es nicht ohne Bedeutung, daß sich nach dem Inhalte der einzelnen Überlegungen eine Reihenfolge für diese angeben läßt, deren Einhaltung dazu beitragen dürfte, die Zusammenfassung von Fehlern freizuhalten.

Da die Bewertung der Folgen (bei E. 1927) nur einen Spielraum erkennen läßt und nicht zu einer konkreten Strafgröße führt, beginnt der Richter am besten mit ihr. Danach wendet er sich zweckmäßig der vor allem maßgebenden kausalen Betrachtung zu. Wenn er durch sie die Beteiligung von Gesinnung und Motiven festgestellt hat, dann zieht er die voraussichtliche Wirkung der Strafe in Betracht und bestimmt dann innerhalb des bei Berücksichtigung der Folgen und bei Berücksichtigung der voraussichtlichen Wirkung deutlich werdenden Spielraums die Strafe.

C. Prozessuale Betrachtungen.

1. Die Revisibilität der Entscheidung über das Strafmaß.

Die praktische Bedeutung der Berücksichtigung des Gesetzes bei der Strafzumessung hängt wesentlich auch davon ab, ob und inwieweit sie durch die Revision nachgeprüft werden kann.

Eine grundsätzliche Verneinung der Revisibilität der Strafzumessung, wie sie für das geltende Recht von Walter Jellinek vertreten wird[1]), dürfte angesichts der Sondervorschriften für die Entwürfe nicht mehr in Betracht kommen. Es kann höchstens der praktische Wert der Revision in Zweifel gezogen werden. In dieser Richtung hat sich Alsberg[2]) ausgesprochen, der seine Stellungnahme gegen eine gesetzliche Strafzumessungsregel auch damit begründet hat, daß eine auf § 67 E. 25 gestützte Revision doch in aller Regel aussichtslos sein werde. Es ist Alsberg allerdings zuzugeben, daß nach der geltenden Strafprozeßordnung die Ausführung, dieser oder jener Gesichtspunkt des § 67 E. 25 oder § 69 E. 27 sei nicht berücksichtigt, nicht zur Aufhebung des Urteils führen würde. Denn da die Angabe der Strafzumessungsgründe im Urteil nur durch eine Sollvorschrift (§ 267 Abs. 3 St.P.O.) angeordnet ist, läßt sich aus den schriftlichen Urteilsgründen nicht mit Sicherheit schließen, ob ein Gesichtspunkt nicht unausgesprochen beachtet worden ist. Es bleibt da höchstens der auch von Alsberg hervorgehobene Fall, daß der Richter die Nichtbeachtung des Umstandes ausdrücklich ausgesprochen hat.

Trotzdem wird aber der Revision dadurch ein immer noch weites Gebiet erschlossen, daß nach den Sondervorschriften nachgeprüft werden kann, ob die im Urteil angegebenen Strafzumessungsgründe

[1]) Gesetz, Gesetzesanwendung, ff. S. 193.
[2]) JRV. Bonn, S. 73/74; Siehe auch JRV. Karlsruhe: Reichert, S. 72, Kohlrausch, S. 27.

überhaupt innerhalb des von § 67 E. 25 und § 69 E. 27 für die Strafzumessung gezogenen Rahmens liegen. Infolgedessen müßte das Urteil der Aufhebung verfallen, wenn in ihm bei Geltung des E. 1925 die Folgen der Tat in ihrer selbständigen Bedeutung als straferhöhend bezeichnet wären. Und ebenso würde bei Herrschaft des E. 1927 die Revision zum Erfolge führen, wenn in dem Urteil dem Täter auch unverschuldete Folgen zur Last gelegt wären. Hier läßt sich rein logisch im Wege der subsumierenden Vergleichung ermitteln, ob der nach dem Urteil berücksichtigte Umstand überhaupt als Strafzumessungsgrund in Betracht kommt, und so nachprüfen, ob die vom Gericht in dieser Hinsicht angestellten rechtlichen Erwägungen frei von Rechtsirrtum sind.

Eine ähnliche Untersuchung ist möglich, wenn es sich darum handelt, ob bei der Bestimmung der Strafe die einzelnen Umstände straferhöhend oder strafmindernd ins Gewicht fallen durften. Denn auch das entscheidet sich nach Grundsätzen, die aus dem Strafgesetz entnommen werden können und deren Berücksichtigung Rechtsanwendung ist. Infolgedessen würde auch ein Urteil, das die Anlage des Täters zum Verbrechen zu dessen Gunsten in Betracht zieht, der Aufhebung durch das Revisionsgericht verfallen müssen.

Die Nachprüfung durch die Revision ist jedoch in der Regel ausgeschlossen bei Erwägungen über das Maß der Strafe. Denn diese beziehen sich nicht auf die Beantwortung einer bestimmten Frage, auf die es nur eine von zwei Antworten geben kann. Sie umschließen vielmehr eine ganze Reihe von Momenten, die nach Zweckgesichtspunkten, in kausaler Betrachtung usw. zusammenfassend beurteilt werden. Alle diese Momente genau im Urteil anzugeben, ist unmöglich. Infolgedessen kann auch im Urteil nicht dargetan werden, daß sich aus den Strafzumessungsgründen „mit logischer Notwendigkeit ergibt, daß z. B. gerade auf neun Monate Gefängnis erkannt werden mußte". Das Ergebnis des Gerichts kann nicht als notwendiges dargetan, sondern nur als angemessenes gerechtfertigt werden[1]). Die Richtigkeit des Ergebnisses kann deshalb auch nicht durch die Revision nachgeprüft werden.

Es kann sich nur fragen, ob das Revisionsgericht nicht zu untersuchen hat, ob die einzelnen Folgerungen, auf denen das Ergebnis beruht, einen Rechtsirrtum erkennen lassen. Diese Frage muß grundsätzlich bejaht werden[1]). Große praktische Bedeutung wird diese Untersuchung jedoch in der Regel nicht haben können. Soweit nämlich die Strafe vom Gericht auf Grund der kausalen Betrachtung

[1]) v. Kries, Strafprozeß, S. 589.

ermittelt wird, bewegen sich die Erwägungen auf tatsächlichem Gebiet. Und die der kausalen Betrachtung dienende Bewertung wird in der Regel mit den tatsächlichen Erwägungen derart verbunden sein, daß es nicht angeht, sie losgelöst von diesen nachzuprüfen. Auch die Überlegungen über die Wirkung der Strafe werden in der Hauptsache auf tatsächlichem Gebiet liegen.

2. Prozessuale Maßregeln zur Förderung der Gesetzmäßigkeit der Strafzumessung.

a) Die schriftlichen Urteilsgründe.

Außer der Revision können prozessuale Maßregeln zur Verbesserung der Entscheidung über die Strafzumessung beitragen. Soweit sie wie die Strafzumessungsvorschriften dem Ziel dienen, die Erwägungen über die Strafzumessung dem Gesetz gemäß zu machen und von Rechtsirrtümern frei zu halten, sollen sie hier genannt werden. Dabei sollen sie nicht einer kritischen Betrachtung unterzogen werden, sondern es soll nur auf Grund der früheren Ausführungen gezeigt werden, inwiefern ihre Einführung die Gesetzmäßigkeit der Strafzumessung fördern würde.

Zunächst ist zu erwähnen der schon von Finger[2]) gemachte Vorschlag, die Aufführung der wesentlichen Strafzumessungsgründe in den Urteilsgründen verbindlich vorzuschreiben. Erfahrungsgemäß gibt die Notwendigkeit, in den Urteilsgründen ausdrücklich Stellung zu nehmen, Anlaß, schon bei der Beratung den zu behandelnden Punkt zur Sprache zu bringen und eine Einigung über ihn herbeizuführen. Dazu kommt, daß häufig auch die schriftliche Niederlegung zur Beachtung weiterer rechtlicher Gesichtspunkte führt, die wenigstens bei dem nächsten praktischen Fall beachtet werden können. Endlich geht aus den oben gemachten Ausführungen über die Revisibilität der Entscheidung über die Strafzumessung hervor, daß eine Nachprüfung in umso größerem Umfang möglich ist, je vollständiger und eingehender das Urteil die Strafzumessungsgründe angibt. Daß eine verbindliche Vorschrift der Angabe der Strafzumessungsgründe im Urteil dazu beitragen würde, die Gesetzmäßigkeit der Strafzumessung zu erreichen, ist danach offensichtlich.

b) Gliederung der Hauptverhandlung.

Ein weiterer hier in Betracht kommender prozessualer Vorschlag hat die Billigung des Londoner Gefängniskongresses gefunden[3]).

[1]) R. G. 41, 79; 45, 138; 61, 154.
[2]) Gutachten, S. 95.
[3]) Zeitschrift 46, S. 191 ff.

Er geht dahin, die Hauptverhandlung in zwei Teile zu zerlegen, im ersten Teile die Schuldfrage zu erledigen und im zweiten Teile unter Ausschluß der Öffentlichkeit (und auch des Nebenklägers) über die Höhe der Strafe zu verhandeln. Auf die technischen Gründe, die für und gegen eine solche Regelung sprechen, und die Vorteile, die sie für die Ermittlung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Umstände haben würde, soll hier nicht eingegangen werden. Die Gesetzmäßigkeit der Erwägungen über die Strafzumessung würde durch sie aus folgenden Gründen gefordert werden. Einmal würde die besondere Verhandlung dem Richter bei jedem einzelnen Umstand durch die Erwägung, warum er seiner Erörterung in der Hauptverhandlung überhaupt Raum gibt, zu der Frage führen, in welchem Sinne er ihn bei der Strafzumessung berücksichtigen will. Vor allem würde die Teilung der Hauptverhandlung dem Richter immer wieder Anlaß geben, sich grundsätzlich darüber klar zu werden, ob auch eine inhaltliche Verschiedenheit der für den Schuldspruch und der für die Strafzumessung maßgebenden Umstände, wie sie oben besprochen worden ist, besteht und was diese Verschiedenheit kennzeichnet.

3. Die Ermittlung der für die Strafzumessung in Betracht kommenden Tatsachen.

Wenn die zuletzt genannten prozessualen Maßregeln nur unter dem Gesichtspunkte erörtert worden sind, inwieweit sie die Rechtmäßigkeit der Strafzumessung fördern, so ergibt sich das aus dem Thema dieser Untersuchung, die die Strafzumessung von der Rechtsnorm aus einer Betrachtung unterwarf. An ihrem Schluß muß deshalb betont werden, daß wegen der Schwierigkeit der nach den Entwürfen notwendigen Erforschung der Täterpersönlichkeit neben den auf die Rechtgemäßheit und Rechtssicherheit der Strafzumessung abzielenden Maßregeln und Vorschriften diejenigen nicht außer Betracht bleiben dürfen, die der allseitigen Ermittlung der bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Tatsachen dienen.

Zur Vorbereitung der Anwendung der Strafzumessungsvorschrift des künftigen Strafgesetzbuchs gehört sowohl deren rechtswissenschaftliche Erläuterung und systematische Erfassung, zu der die vorliegenden Ausführungen ein Beitrag sein möchten, als auch die Einführung von Maßnahmen, die dazu beitragen, Tat und Täter kennenzulernen und zu erforschen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 25. Januar 1903 in Elberfeld als Sohn des Oberpostsekretärs Georg Ruppel geboren. In Elberfeld besuchte ich die Volksschule und die Vorschule und Hauptanstalt des humanistischen Gymnasiums. Ostern 1921 bestand ich die Reifeprüfung. Ich studierte dann an den Universitäten Tübingen, Göttingen und Bonn Rechtswissenschaft. Am 2. April 1925 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab und wurde danach im juristischen Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Elberfeld beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 17. Januar 1929. Die große Staatsprüfung legte ich am 21. März 1929 ab. Ich bin evangelisch.